

FACULTÉ DE DROIT DE PARIS

DROIT ROMAIN

DE L'INFANS

DROIT FRANÇAIS

THÉORIE GÉNÉRALE DE L'ERREUR ET DU DOL

Vices du consentement dans les divers actes juridiques

THÈSE POUR LE DOCTORAT

PAR

P. E. VALETTE

L'ACTE PUBLIC SUR LES MATIÈRES CI-APRÈS

Sera soutenu le Samedi 26 Janvier 1895 à 9 heures

PRÉSIDENT :

M. BUFNOIR.

SUFFRAGANTS :

MM. JOBBÉ-DUVAL.

MASSIGLI.

LESEUR.

} PROFESSEURS

} AGRÉGÉ

PARIS

LIBRAIRIE

DU RECUEIL GÉNÉRAL DES LOIS ET DES ARRÊTS

ET DU JOURNAL DU PALAIS

L. LAROSE ÉDITEUR

22, RUE SOUFFLOT, 22

1895

THÈSE

POUR

LE DOCTORAT

TOURS, IMPRIMERIE ROGER DUBOIS.

FACULTÉ DE DROIT DE PARIS

DROIT ROMAIN

DE L'INFANS

DROIT FRANÇAIS

THÉORIE GÉNÉRALE DE L'ERREUR ET DU DOL

Vices du consentement dans les divers actes juridiques

THÈSE POUR LE DOCTORAT

PAR

P. E. VALETTE

L'ACTE PUBLIC SUR LES MATIÈRES CI-APRÈS

Sera soutenu le Samedi 26 Janvier 1895 à 9 heures

PRÉSIDENT :

M. BUFNOIR.

MM. JOBBÉ-DUVAL.

SUFFRAGANTS :

MASSIGLI.

LESEUR.

PROFESSEURS

AGRÈGÉ

PARIS

LIBRAIRIE

DU RECUEIL GÉNÉRAL DES LOIS ET DES ARRÊTS
ET DU JOURNAL DU PALAIS

L. LAROSE ÉDITEUR

22, RUE SOUFFLOT, 22

1895



La Faculté n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans les thèses ; ces opinions doivent être considérées comme propres à leurs auteurs.

A LA MÉMOIRE DE
MONSIEUR PIERRE VALETTE

A MONSIEUR ÉTIENNE PICARD

THÈSE DE DROIT ROMAIN

DE L'INFANS

INTRODUCTION

L'homme ne naît pas subitement, avec une organisation complète. « *Natura non facit saltus.* »

Comme pour tous les êtres, il y a, pour lui, une période de formation et de développement. Depuis l'instant où il existe en germe dans le sein de sa mère, dès l'instant de sa conception, jusqu'au moment où il acquiert non seulement une vie propre, indépendante de celle qui l'a mis au monde, mais encore jusqu'à sa puberté, sa personnalité juridique, comme son individualité physique, subit de nombreuses et d'importantes modifications.

La condition juridique de l'individu en état soit de conception, soit d'impuberté, fait l'objet de dispositions légales importantes dans toutes les législations. Le droit romain présente sur cette matière de nombreux textes dont nous essaierons de dégager les principes, en limitant notre travail à l'étude de la situation juridique de l'individu soit seulement

conçu, soit déjà né, mais non encore sorti de l'« *infantia* ».

« L'*infantia* » comprend deux périodes bien distinctes et faciles à séparer. — Dans la première, l'enfant n'a pas encore une vie propre, son individualité se confond physiquement avec celle de la femme qui lui donnera le jour ; c'est la période de conception. — Dans la seconde, l'enfant est né, il a une organisation indépendante de celle de sa mère : c'est une unité nouvelle dans la famille, dans la société ; il existe. — Ces deux périodes séparées par le fait matériel de la naissance présentent pour leur délimitation propre les mêmes difficultés. Rationnellement et physiquement, une règle, une limite absolue est impossible à établir. Le point de départ de la première, de même que la fin de la seconde, varie suivant les cas, suivant les personnes. Aussi est-ce par une fiction, par une mesure arbitraire (que l'on a cherché à rapprocher autant que possible de la vérité) que ces limites ont été arrêtées.

Nous nous attacherons, en deux parties séparées, à fixer ces limites et à examiner la situation juridique de l'enfant pendant ces deux périodes dont l'une précède, dont l'autre suit l'époque de sa naissance.

PREMIÈRE PARTIE

CHAPITRE PREMIER

DE LA CONCEPTION

Le mystère de la conception échappe à nos investigations, aucun fait extérieur n'en révèle à nos sens ni la date, ni l'auteur. Si l'on peut établir qu'une femme a conçu, il est impossible de savoir à partir de quel moment, la nature ayant assigné à la gestation des femmes une durée variable. Aussi était-il sage, était-il prudent, en s'inspirant des données de la science physiologique, de fixer arbitrairement la durée maxima de la gestation et sa durée minima.

Que firent les Romains ? Il est certain qu'à l'époque classique, en principe, les jurisconsultes ont adopté un système en vertu duquel la durée maxima et la durée minima de la gestation sont fixées ; la gestation la plus courte ne peut être inférieure à 180 jours, la plus longue supérieure à 300. Mais ce n'est pas là, comme nous le verrons, une règle immuable, imposant une présomption telle que rien ne puisse la détruire ; avant d'en arriver à établir l'existence et la portée de ce système doctrinal, nous devons rechercher de

quelle façon cette question se trouvait résolue à une époque plus primitive.

Tout d'abord, avant la loi des 12 Tables, nous ne pensons pas qu'il y ait eu de délai préfixe ; tout était laissé à l'arbitraire du juge qui avait toute liberté pour décider, dans chaque hypothèse particulière, à quel moment devait être placée la conception. — La famille est encore puissamment et fortement organisée, soumise qu'elle est à la volonté d'un chef qui en est le magistrat suprême, les mœurs ont une grande rigidité et dans cet état de la société romaine nous ne pensons pas que l'absence d'une règle en cette matière dût présenter de graves inconvénients. D'un autre côté, à cette époque primitive, ni les limites de l' « *infantia* » ni celles de la puberté ne sont déterminées : d'une manière générale, le soin de déclarer un individu « *infans* » ou « *non infans* », pubère ou impubère, est entièrement laissé à la famille intéressée et le sera longtemps encore. Il ne doit pas en être autrement, en matière de conception. On décide suivant les cas, sans règle fixe. — Mais, s'il est indubitable que ce système a existé aux époques reculées de l'histoire de Rome, ne fut-il pas de bonne heure abandonné, de telle sorte qu'au moment de la rédaction de la Loi des 12 Tables et depuis quelque temps déjà on était arrivé à assigner législativement à la gestation une durée maxima et une durée minima ? Malgré l'affirmation d'Aulu-Gelle, nous ne le croyons pas et voici pourquoi. D'après cet auteur (Nuits attiques, liv. 3, chap. 16, par. 12), ce seraient les décevirs qui auraient fixé à trois cents jours la plus longue durée de la gestation ; mais d'après lui-même et d'après Pline le naturaliste qu'il cite un peu plus loin (par. 23), un préteur, du nom de Papirius, aurait déclaré légitime un enfant né dans le treizième mois après le décès du mari et cela parce qu'il ne voyait pas pour la gestation de délai

déterminé par la loi. Si le texte des Douze Tables eût été formel, un préteur aurait-il ainsi motivé sa décision : « *Quoniam nullum certum tempus pariendi statum videretur* » ? Et puis, si les décevirs avaient fixé la durée la plus longue de la gestation à 10 mois, comment auraient-ils omis de déterminer aussi la durée de la gestation la plus courte : n'était-ce pas aussi utile ?

Cette affirmation d'Aulu-Gelle qu'il dément lui-même quelques lignes plus loin ne nous paraît pas à elle seule suffisante pour nous convaincre : aucun autre auteur ne faisant mention que la Loi des 12 Tables ait prévu et réglé cette difficulté, nous persistons à croire que ces délais furent introduits par la jurisprudence qui s'inspira des découvertes et des ouvrages des médecins illustres de l'antiquité, des Grecs surtout :

« *Et medici et philosophi illustres de tempore humani partus que fuerunt, quantum sit nominis gestationis in utero tempus : et multa opinio est, eaque jam pro vero recepta, postquam mulieris uterus conceperit semen, gigni hominem septimo rarer, nunquam octavo, sæpe nono, sæpius numero decimo mense eumque esse hominem gignendi summum finem, decem menses non inceptos sed exactos.* » (Aulu-Gelle, loco citato.)

Les jurisconsultes adoptèrent l'opinion des médecins et des naturalistes sur la durée des gestations les plus longues et celle des plus courtes. Ces chiffres connus, la période de temps pendant laquelle la conception pouvait s'être produite, se trouvait par là-même fixée. En partant du jour de la naissance de l'enfant, on comptait en arrière un nombre de mois égal à celui des grossesses les plus tardives, puis un nombre de mois égal à celui des plus courtes grossesses et l'on déclarait que, par présomption, la conception devait se placer entre ces deux termes. Or, d'après Aulu-Gelle, que nous venons de citer, la doctrine des savants de l'antiquité

était que l'enfant pouvait naître à terme après une grossesse de six mois.

Toutefois cette doctrine ne fut admise par les jurisconsultes qu'assez tard ; cette règle fixe et uniforme sur la durée des plus courtes gestations ne fut suivie et adoptée par tous qu'après l'avoir été par Paul et Ulpien.

Avant ces deux auteurs, cette question faisait l'objet d'une controverse entre Proculiens et Sabinieniens comme l'atteste la loi 3, au Code (de Posth-Hered) ; controverse qui ne prit fin que lorsque la décision d'Hippocrate, enseignant que la grossesse pouvait normalement se terminer au commencement du septième mois, eut rallié tous les suffrages et eut été formulée par Paul et Ulpien, s'inspirant ainsi d'une doctrine professée à Athènes (1).

Aussi Paul décide-t-il que l'enfant né dans le septième mois du mariage est un enfant légitime, c'est-à-dire lorsqu'il s'est écoulé plus de six mois depuis le mariage, et en décidant ainsi ce jurisconsulte s'appuie sur l'autorité d'Hippocrate (2).

De son côté, Ulpien, dans un passage de son commentaire sur les œuvres de Sabinus (3), complète la décision de Paul et nous apprend le nombre précis de jours que comprend le

(1) Hérodote (liv. 6, par. LXV et s^{tes}) rapporte que l'oracle d'Apollon consulté sur une question de filiation, la trancha en refusant de reconnaître comme légitime un enfant né dans le septième mois de la grossesse. En l'espèce, il s'agissait de Démarate, roi de Sparte de 520 à 492, dont la légitimité fut attaquée par son collègue Cléomène et qui fut dépossédé par la décision de l'oracle. — Cette décision d'ailleurs ne fut pas adoptée par Hippocrate.

Voir Hérodote, chap. LXIX, par. 6 « *Pariunt enim mulieres etiam novem mensium fœtus, atque etiam septem mensium neque cunctæ decimum, complent mensem : et ego te, fili, septimo mense peperî.* » — Pausanias, liv. 3

(2) Voir loi 12, au Dig. : « *de statu hominum* » ; « *Septimo mense... propter auctoritatem doctissimi viri Hippocratis.* »

(3) Loi 3, 12 *De suis et legit.*, XVIII, 16.

délai de six mois : « *De eo autem qui centesimo octogesimo secundo die natus est, Hippocrates scripsit, et divus Pius Pontificibus rescripsit, justo tempore videri natum; nec videri in servitute conceptum, quum mater ipsius ante centesimum octogesimum secundum diem esset manumissa* » (1). Supposant qu'une ancilla a été affranchie et s'est mariée le jour même de la manumissio, il déclare « *justus* » l'enfant né au plus tôt le cent quatre-vingt-deuxième jour, c'est-à-dire celui qui a été porté dans le sein de sa mère cent quatre-vingt jours pleins, sans compter ni le jour du mariage, ni celui de la naissance. Il est bien certain qu'en indiquant ce chiffre, le jurisconsulte a l'intention de fixer la durée minima de la grossesse, cette période fixée à six mois accomplis par Hippocrate et par Paul dans le texte précédent.

De ces deux fragments combinés, il résulte bien qu'un enfant est considéré comme ayant été conçu *au plus tôt* le 182^e jour avant sa naissance.

Remarquons encore, dans ces deux textes, l'absence de toute référence à la loi des 12 Tables. Si les décemvirs avaient fixé la période probable de conception, ces jurisconsultes ne se seraient-ils pas appuyés sur ces textes pour faire prévaloir leur décision ? Est-ce téméraire de conclure, puisqu'ils ne le font pas, que la loi des 12 Tables ne contenait rien à cet égard ? Et ne sommes-nous pas, dès lors, sûrement amenés à induire de textes qui tous deux invoquent l'autorité du savant Hippocrate, cette idée que les délais extrêmes de la gestation furent introduits par la jurisprudence.

Sur cette question de la plus courte grossesse, nous possédons un autre texte de Paul dans lequel, au liv. 4, tit. 9, par. 5 de ses sentences, on lit : « *Septimo mense natus*

(1) Décision confirmée par un rescrit d'Antonin le Pieux.

matri prodest : ratio enim Pythagorei numeri hoc videtur admittere, ut aut septimo pleno, aut decimo mense partus maturior videatur. » Mais si l'on maintient ce texte tel que nous venons de le transcrire, il faut reconnaître qu'il y a contradiction entre sa première et sa seconde partie, puisqu'après avoir dit que l'enfant né le 7^e mois permet à sa mère d'obtenir le « *jus liberorum* », Paul ne considère plus, dans la seconde partie, l'enfant comme utile à sa mère que s'il est venu à terme le 8^e mois à partir de la conception, au plus tôt. Cette contradiction n'est, selon l'opinion la plus accréditée (1), que le résultat d'une erreur de copiste, le mot « *pleno* » devant être placé avant « *maturior* » et, ainsi corrigé, ce texte confirme pleinement les textes déjà cités : en effet son sens serait que l'enfant vient « *complètement à terme* » lorsqu'il naît, soit dans le courant du septième, soit dans le courant du dixième mois.

Ce délai de 6 mois semble avoir été généralement incontesté : parmi les savants illustres de l'antiquité, seul Aristote, repoussant la doctrine d'Hippocrate, fixait ce délai à sept mois accomplis, de même qu'il admettait que la grossesse pouvait se prolonger au delà du dixième mois (2).

Quant à la durée de la plus longue gestation, c'est encore Aulu-Gelle qui nous donne l'opinion des médecins ou savants grecs et romains suivant la plupart desquels la grossesse ne peut se prolonger au delà de 10 mois. Pline le naturaliste pense au contraire que la délivrance peut être retardée jusqu'au commencement du onzième mois. Quoi qu'il en soit, le délai de 10 mois, malgré quelques dissentiments, fut généralement adopté, et la règle des 10 mois est la seule mentionnée soit au Digeste soit au Code de Justinien. Le texte

(1) Répertoire de Merlin, V. Légitimité, sect. II, par. 1, note 2.

(2) Censorinus : *De die natali* cap. VII, in fine.

principal sur cette question est d'Ulpien, au Digeste (1) : « *Post decem menses mortis natus non admittetur ad legitimam hereditatem.* » Le jurisconsulte suppose une femme accouchée plus de 10 mois après le décès de son mari, et il décide que l'enfant n'est pas légitime, comme ayant été conçu après le décès du mari. C'est également ici un délai de dix mois, de trois cents jours pleins, dans lequel il ne faut compter ni le jour de l'accouchement, ni celui du jour de la mort du mari, c'est-à-dire ni le *dies a quo* ni le *dies ad quem*. Et il est tellement vrai que cette règle était acceptée par tous et connue de tous qu'on la trouve rappelée dans de nombreuses formules de testament. C'est ainsi que Scœvola énonce une formule proposée par Aquilius Gallus pour l'institution ou l'exhérédation des posthumes, au livre 29 de liber. et posth. (28-2). De même, formule rapportée par Marcellus, au Dig., liv. 56. De fideic. libert., XL. 5, et une autre dans une constitution de Justinien, au Code, liv. 4 de Posth hered., VI, 29.

Ces fragments démontrent que, dans la législation romaine, le terme de 10 mois est regardé comme le plus éloigné que puisse atteindre une grossesse. On veut prévenir la rupture d'un testament causée par la survenance d'un posthume, et si l'on ne prévoit pas le cas où la naissance se produira après le dixième mois, c'est que le testament ne sera pas rompu, l'enfant ne pouvant plus invoquer la présomption de paternité.

Ce terme de 10 mois se trouve également indiqué dans un grand nombre d'auteurs littéraires (2) : par exemple, Virgile exprime, dans ce vers des *Églogues*, l'ennui des longues grossesses :

(1) L. 3, par. II. De suis et legit. hered. XXXVIII, 16.

(2) Plutarque nous raconte, dans sa *Vie d'Alcibiade*, que Léotychès fut privé du royaume d'Agys, parce que sa mère était accouchée plus de dix mois après l'absence du roi.

Matri longa decem tulerunt fastidia menses.

De même Ovide (Fast..., liv. 3) :

Sed quia bis quino femina mense parit,

• et liv. V :

Jamque decem menses et puer ortus erat.

Enfin tout ce que nous venons d'avancer se trouve confirmé en dernier lieu par un passage de la nouvelle 39, au chap. 2 : « *De muliere quæ peperit undecimo mense.* » Il s'agit d'une veuve remariée avant l'achèvement de l'année de deuil et qui accouche, « *undecimo mense perfecto* » après la mort de son premier mari, c'est à dire dans le 12^e mois ; Justinien décide que ce premier mari ne peut être le père de cet enfant. Voilà une application de notre règle.

C'est avec précision que nous pouvons maintenant déterminer la période de temps pendant laquelle les Romains regardaient la conception comme ayant été possible. A leurs yeux, la grossesse ne peut pas durer, d'une part, moins de 180 jours pleins, et, d'autre part, plus de 300 jours pleins, et il en résulte que le moment de la conception doit se placer entre le 181^e et le 301^e jour en remontant à partir du jour de la naissance. Mais cette présomption sur la durée maxima et minima des grossesses a-t-elle une force telle que jamais, en aucun cas, elle ne puisse être détruite ? Était-elle ce que l'on appelle « *juris et de jure* » ou pouvait-elle être renversée par la preuve contraire ? Peut-on prouver que la gestation a duré moins de 6 mois, qu'elle s'est prolongée dans certaines hypothèses au delà de 10 mois ? Il y a là un point délicat à résoudre et, pour y arriver, il est nécessaire de considérer d'abord la plus courte gestation, ensuite la plus longue.

En ce qui concerne la présomption relative à la plus courte grossesse, nous ne croyons pas que la question ait été jamais soulevée : les auteurs avaient admis avec difficulté ce délai

minimum de 6 mois ; on ne dut pas, dans la crainte d'un échec certain, chercher à obtenir encore une réduction de ce délai. D'ailleurs on ne trouve pas trace de cette question dans les auteurs.

Mais quid de la présomption que la gestation ne peut pas se prolonger au delà de 10 mois ? était-on admis à prouver le contraire, malgré le texte d'Ulpien, malgré la tradition romaine ? Nous pensons qu'en des cas exceptionnels, une décision du magistrat ou du prince put admettre des gestations supérieures à 300 jours, et nous croyons avoir la preuve de cette exception dans deux jugements qui nous sont rapportés par Aulu-Gelle (1). L'un rendu en dernier ressort par l'empereur Adrien décidait qu'une grossesse avait pu durer onze mois, l'autre rendu par le préteur Papirius décidait qu'un enfant né treize mois après la mort du mari de sa mère était apte à lui succéder et lui accordait la bonorum possessio (2).

Évidemment il y avait dans ces deux décisions de graves et de rares dérogations à la règle traditionnelle : aussi Aulu-Gelle, en rapportant la décision de l'empereur Adrien, ajoute-il, pour donner plus de force à son affirmation.

« *Idque ipsum ejus rei decretum nos legimus*, » et le préteur Papirius motive-t-il son jugement en disant : il n'existe pas d'époque absolument précise pour l'accouchement ; ni la nature ni la loi n'ont rien fixé.

Spécialement en ce qui concerne la décision d'Hadrien, en fait, elle était motivée par des circonstances très favorables : la veuve qui était accouchée plus de dix mois après le décès de son mari était une femme de mœurs très pures. Néanmoins c'était là des cas exceptionnels où il fallait réellement

(1) Aulu-Gelle, *Nuits attiques*, liv. III, chap. XVI, p. 246.

(2) Ce fait est rapporté également par Pline le naturaliste, *Hist. nat.*, liv. 7, chap. IV.

et sans doute possible renverser la présomption. La preuve contraire devait être admise difficilement par le juge et quand elle l'était, elle ne devait réussir que bien rarement. Telles sont les idées fondamentales qui se dégagent des textes que nous possédons sur cette matière.

Il est donc probable que, primitivement, la durée de la gestation fut fixée arbitrairement et suivant chaque espèce par les magistrats et que, même une fois ces délais introduits par la jurisprudence, en des cas exceptionnels, une décision du magistrat ou du prince put admettre des gestations supérieures à 300 jours.

Il n'en reste pas moins acquis qu'en principe on était d'accord sur les délais de la conception dans les cas ordinaires.

Quelle est la condition juridique de *l'infans conceptus* ? C'est la première partie de notre étude, à laquelle nous allons immédiatement passer.

De l'infans conceptus

On appelle capacité l'aptitude soit à avoir, soit à exercer des droits ; la première s'appelle capacité de droit, la seconde capacité de fait ou d'exercice : celle-ci suppose évidemment celle-là, qui constitue la personnalité.

L'enfant simplement conçu est-il une personne, un être capable d'avoir des droits, d'être tenu d'obligations ? En un mot, a-t-il une personnalité ? Oui, la vieille coutume romaine avait déjà admis que, dès sa conception, l'enfant aurait une certaine capacité de droit. Seulement, par la force même des

choses, il était incapable de fait ; aussi à côté de lui avait-on fini par placer un curateur.

L'étude de la condition juridique de l'infans conceptus comporte donc d'une part la recherche de sa capacité de droit, et de l'autre la question de savoir comment il exerce ses droits, ou plutôt comment on les exerce pour lui.

CHAPITRE II

DE LA PERSONNALITÉ DE « *l'infans conceptus* »

Les Romains admirent de bonne heure que l'enfant conçu doit être considéré comme né « presque » sous tous les rapports du droit civil, du droit privé. Ce principe, inscrit au Digeste, liv. 1^{er}, tit. 5, loi 26, sous le nom de Julien, l'auteur de l'Édit perpétuel, ne doit pas être pris à la lettre, à toutes les époques de la législation romaine : — ce « presque » sous tous les rapports laisse place à des exceptions d'autant plus nombreuses que l'on remonte à l'origine du droit, si bien qu'après les réformes de Justinien, en cette matière, ce « *pene* », ce « *presque* » ne se rapporte plus qu'au caractère conditionnel de la personnalité de l'enfant conçu, c'est-à-dire à l'événement futur et incertain de sa naissance en vie.

Aujourd'hui nous disons : « *infans conceptus pro nato habetur* », ou encore « *nasciturus pro nato habetur* » ; à Rome, on ajoutait : « *quoties de commodis ejus agitur* » (1). Mais cette restriction, de peu d'importance d'ailleurs, ne paraît pas avoir été admise par tous les jurisconsultes ; c'est ainsi que Julien

(1) Dig., De statu hominum, frag. 7.

a l'air d'attribuer à cette proposition une portée plus large, lorsqu'il décide que le vol d'une esclave enceinte imprime le caractère de « *res furtiva* » même à l'enfant, bien que celui-ci n'ait pas d'intérêt sérieux à être considéré comme né, dans cette hypothèse.

Quoiqu'il en soit de ce point secondaire, il n'en est pas moins vrai de dire que le développement de la personnalité de l'infans conceptus s'est réalisé dans son intérêt propre. Les cas peu nombreux où il n'a pas d'intérêt en jeu sont restés en dehors de la fiction qui le faisait considérer comme « *natus* ». C'est ainsi que la mère ne peut faire entrer en ligne de compte, pour obtenir le jus liberorum, l'enfant qu'elle porte dans son sein ; seuls, les enfants nés vivants et à terme, c'est-à-dire dans le septième mois de la grossesse et au nombre de trois, conféraient à leur mère un droit de succession sur leurs biens. Voir Paul-Sent. liv. 4, tit. 9, § 1, et 5 (ad senasconsultum Tertullianum). — De même, l'enfant conçu ne compte pas pour excuser son père d'une tutelle ; voir au Dig. De Excusat. loi 2, par. 6. — De même pour l'évaluation de la quarte Falcidie. — Au Dig. Ad leg. Falc. loi 9.

La question de la personnalité de l'enfant conçu se rattache surtout aux droits que nous lui reconnaissons aujourd'hui dans les successions soit « *ab intestat* », soit testamentaires. « *L'infans conceptus* » est-il un successible, apte à recueillir une hérédité ; est-il une « *persona certa* », capable de recevoir un legs, d'être institué héritier, gratifié d'un fideicommis ? Voilà surtout l'intérêt de la capacité de cet infans. Dès maintenant, l'on peut répondre que sa personnalité s'est successivement augmentée, d'abord à l'égard des hérédités « *ab intestat* », puis des hérédités testamentaires, jusqu'à Justinien qui accorda complètement à « *l'infans conceptus* » la capacité de recevoir « *ab intestat* » comme par testament.

SECTION I

*Du droit de succession « ab intestat » qui fut
reconnu à « l'infans conceptus » tant par le droit civil
que par le droit prétorien*

« *Ex lege XII Tabularum ad legitimam hereditatem is, qui in utero fuit, admittitur, si fuerit editus.* » (Dig. Liv. 38, tit. 16, f. 3, par. 9.) D'après ce texte, l'enfant conçu était appelé à l'hérédité légitime et par conséquent il retardait l'arrivée des agnats qui le suivaient et auxquels il était préféré — de même qu'il diminuait la part de ceux qui étaient appelés au même degré que lui. Les décemvirs avaient inséré dans leur loi la vieille coutume romaine qui, de bonne heure, avait considéré l'héritier conçu comme un héritier né. — Dans le même ordre d'idées, voir au D. liv. 1^{er}, tit. 5, loi 26 — et p. 11 et 12 des frag. 3. Liv. 38 et tit. 16.

Ces textes décident qu'aux enfants conçus on doit attribuer les hérédités légitimes auxquelles ils seraient appelés s'ils étaient déjà nés — à la condition qu'ils aient été conçus « *justo tempore* ».

C'est bien à propos de la dévolution des successions que paraît avoir été écrite notre règle relative à la capacité de l'enfant conçu, et en cette matière elle remontait à une époque antérieure à la loi des Douze Tables.

Les mots « *legitimæ hereditates* » employés par Julien dans la loi 26 signifient incontestablement que le posthume (1)

(1) L'expression posthume, superlatif de l'adjectif dont *posterior* est le comparatif, était plus large que celle d'« *enfant conçu* », car on appelle ainsi l'enfant qui vient à naître après la confection du testament, ce qui comprend évidemment l'enfant conçu au moment du décès du testateur.

était appelé en qualité de « *suus heres* » à la succession de son paterfamilias, c'est-à-dire de celui sous la puissance duquel il serait tombé, si ce « *pater* » n'était pas mort avant sa propre naissance. — Le « *posthumus alienus* » est celui qui n'est pas « *suus heres* ». — Cette expression d'hérédités légitimes comprend-elle, embrasse-t-elle, outre l'hérédité légitime du « *suus* », celle des agnats ? « *L'infans conceptus agnatus* » qui était un « *posthumus alienus* » avait-il capacité de recueillir l'hérédité ?

Ainsi, de deux frères agnats, Primus et Secundus, supposons que Secundus vienne à mourir, laissant sa femme enceinte. Primus, à son tour, meurt avant la naissance de l'enfant. Ce dernier, agnat éventuel, vient-il à l'hérédité de Primus et écarte-t-il les agnats du degré subséquent ?

A l'époque de Julien, sous Hadrien, oui, le « *posthumus alienus* » succède à son agnat — mais il n'en fut pas toujours ainsi ; une controverse existait sur ce point, qui fut tranchée en ce sens par un contemporain de Cicéron, le préteur Aquilius Gallus. C'est à l'opinion de ce jurisconsulte que finit par se rallier la jurisprudence pour assimiler les deux classes de posthumes. Ce ne fut, par conséquent, pas sans difficulté, sans lutte, que l'infans conceptus arriva à la capacité de recueillir la succession de son agnat. Paul écrit en effet : « *Et obtinuit Galli sententia, alienos quoque postumos legitimos nobis heredes fieri.* » (Dig. XXX. par. 127.)

« *L'enfant conceptus* » se trouve donc, vis-à-vis d'une succession ab intestat, dans la même situation que « *l'heres legitimus, jam natus* », et cela dès les commencements de l'Empire.

Bien plus, son droit, sa capacité de recueillir « *ab intestat* » est tout aussi fortement garantie que le droit, que la capacité

de l'individu déjà né : la « *querela inofficiosi testamenti* » va lui être également accordée.

En effet, il est arrivé, à Rome, un moment où le droit de succéder « *ab intestat* » a été plus énergiquement sanctionné, au profit de certains parents, par une réaction de l'opinion et de la coutume contre l'abus de la liberté de tester. Le défunt qui laissait des héritiers de l'une des trois catégories suivantes : descendants, ascendants, frères et sœurs sous certaines conditions, ne pouvait plus uniquement par un testament qu'il faisait, les dépouiller de la totalité de sa succession. La sanction de ce droit au profit de ces parents, à l'hérédité « *ab intestat* », se trouvait dans l'institution de l'action dite « *querela inofficiosi testamenti* », institution qui est l'origine de notre réserve. Ces parents étaient dits légitimes, parce qu'ils devaient recevoir le quart de leur part héréditaire « *ab intestat* », « *quarta pars legitimæ partis*. » Ceci rappelé, voici ce que nous dit Ulpien au Digeste, liv. 5, tit. 2, loi 6 : « *Posthumus inofficiosum testamentum potest dicere eorum, quibus suus heres, vel legitimus potuisset fieri, si in utero fuerit mortis eorum tempore.* » Ainsi non seulement l'enfant conçu était appelé à l'hérédité légitime de son parent, de son agnat, à quelque degré qu'il fût, mais encore cet enfant, quand il se trouvait au nombre des héritiers légitimes, avait le droit d'arguer d'inofficiosité le testament de celui qui avait disposé à son préjudice, à moins que dans le testament il n'ait reçu une disposition équivalente au quart de ce qu'il aurait recueilli *ab intestat*. En un mot, le posthume simplement conçu avait droit à la légitime.

De même que l'« *infans conceptus* » avait peu à peu acquis la capacité complète de recueillir « *ab intestat* », de même c'est progressivement et par une marche identique, et ici

nécessairement, qu'il eut droit à la légitime. L'action de la querela inofficiosi testamenti, d'origine coutumière et qui existait déjà à l'époque de Cicéron (1), lui permit d'abord d'attaquer le testament inofficieux du de cujus dont il était « *suus heres* », puis ensuite, lorsque le droit de succéder à son agnat lui eut été acquis, il obtint nécessairement la même garantie.

A un certain moment, qu'il est impossible de préciser (car cette nouvelle théorie s'est, comme tant d'autres, constituée progressivement), à côté de l'hérédité du droit civil, s'était établi un système prétorien de succession « *ab intestat* » ; — seulement le Préteur, qui n'était pas un législateur, n'avait pas donné à cette institution la qualification d'hérédité, mais celle de « *bonorum possessio* ». — « *L'infans conceptus* » était également traité comme né, au point de vue de cette hérédité prétorienne. — Il avait droit à la « *bonorum possessio unde liberi, unde legitimi, unde cognati* ».

La « *bonorum possessio unde liberi* » correspond à ce qu'était en droit civil l'hérédité dévolue au « *suus heres* », seulement le préteur, voulant appeler d'autres personnes qui n'étaient pas « *sui heredes* », avait englobé les « *sui* » et ces autres personnes sous la dénomination de « *liberi* ». Cette expression comprend : 1° le « *suus heres* » proprement dit ; 2° celui qui aurait été « *suus* » sans une « *capitis diminutio* » éprouvée par lui ou par son ascendant paternel.

Voici deux exemples où l'on peut voir fonctionner les droits de succession prétorienne d'un enfant simplement conçu : 1° Primus a un fils, Secundus, et un petit-fils, Tertius. Il émancipe Secundus en gardant Tertius en sa puissance, puis il meurt. Tertius devient « *sui juris* » et par conséquent

(1) 2. Act. contre Verrès. I. 42.

n'est pas « *suus heres* » pour son père Secundus, mais il est « *liber* » et, à la mort de Secundus, il aura droit à la succession prétorienne, à la « *bonorum possessio unde liberi* ». Il n'y a qu'à supposer le petit-fils seulement conçu au jour de l'émancipation de Secundus, à supposer la mort de Secundus avant la naissance de Tertius, pour trouver l'espèce cherchée et appliquer la même règle.

2° Primus a un fils non marié, il l'émancipe et puis ce fils Secundus se marie, a un fils Tertius qui tombe en sa puissance, qui n'est pas le « *suus* » de Primus, son grand-père, mais simplement un « *liber* » à la succession prétorienne de Primus. Si Secundus meurt avant son père, le fils Tertius aura, dans la succession de Primus, la « *possessio bonorum unde liberi* ». Là encore, il n'y a qu'à supposer, après l'émancipation, la mort de Secundus laissant sa femme enceinte. Cet enfant conçu après l'émancipation de son père n'est pas un « *posthumus suus* » vis-à-vis de Primus, son aïeul, car à sa naissance, lui, Tertius, il doit devenir « *sui juris* ». Mais il est « *liber* » et a droit à notre « *bonorum possessio* » si son aïeul paternel Primus vient à mourir antérieurement à sa naissance.

La « *bonorum possessio unde legitimi* » appartenait au posthume agnat et exactement dans les mêmes conditions où, déjà né, il aurait été appelé « *jure civili* » à la succession de son agnat. Enfin, suivant Ulpien, au Digeste, liv. 38, tit. 8, loi 1, par. 6, le posthume cognat avait droit également à la « *bonorum possessio unde cognati* ».

Tel était, au jour de la rédaction des Institutes et du Code de Justinien, l'état de la législation. La fameuse nouvelle 118 vient bientôt opérer, entre ces deux systèmes successoraux, une fusion que la pratique et les progrès du droit préparaient depuis longtemps. La simplicité remplace la dualité, il n'y a

plus que des « *heredes* », et les posthumes, les « *infantes concepti* » peuvent avoir cette qualité comme tout individu déjà né.

Nous venons de constater, au profit de l'« *infans conceptus* », l'existence d'une personnalité complète qui lui permet de succéder « *ab intestat* » à tous ses parents agnats et cognats, tant « *jure civili* » que « *jure pretorio* ». Cette personnalité spéciale, cet « *infans* » l'a acquise progressivement, mais néanmoins assez rapidement ; à l'époque classique, elle lui appartient complètement. — Mais, au contraire, le droit de recueillir par testament n'a jamais été avant Justinien accordé sans restriction à « *l'infans conceptus* », au posthume. Le droit romain s'est ici profondément modifié, et la proposition « *infans conceptus pro nato habetur* » subit de nombreuses et importantes restrictions. C'est probablement pour cela que Julien fait la distinction que suppose le mot « *pene* » du texte déjà cité. (Loi 26, liv. 4, tit. 5.) « *L'infans conceptus* » n'est pas, à cette époque, et pour longtemps encore, assimilé au « *natus* », en matière de succession testamentaire.

Il faut distinguer entre le « *posthumus suus* » et le « *posthumus alienus* », entre le droit civil et le droit prétorien, entre l'institution d'héritier, le legs, et le fideicommiss.

SECTION II

*Du droit de recueillir par testament reconnu
à l'infans conceptus et plus généralement au posthume*

De l'institution d'héritier. — L'« infans conceptus »
était-il apte à être institué héritier ? Primitivement, non : c'était

une « *persona incerta* », privée par conséquent de la « *factio testamenti passiva* » ; l'institution faite en sa faveur était nulle et non avenue. — Tant que le testateur fut absolument libre d'instituer ou d'exhérer sans contrôle tel ou tel individu, même un « *suus heres* », et cela expressément, ou par simple omission, l'on n'aperçut pas la nécessité, l'on ne ressentit pas le besoin de combattre ou de tourner une telle disposition (1).

Mais dès que cette liberté de tester fut restreinte, au moins dans la forme, par l'obligation d'instituer ou d'exhérer formellement un « *suus heres* », dès que cette obligation eut pour sanction la rupture du testament, notre principe conduisit à un résultat qui ne pouvait manquer de révolter les consciences romaines : la survenance d'un héritier sien quelconque rompant le testament, on mourait « *intestat* » par la survenance d'un « *posthumus suus* » qu'on ne peut ni instituer ni exhérer.

Aussi en arriva-t-on à distinguer entre le « *posthumus suus* » et le « *posthumus alienus* ». Successivement on autorise, dans différentes hypothèses, l'institution du premier, mais on se refuse, « *jure civili* », à permettre celle du second, qui ne peut trouver de secours qu'auprès du prêteur.

Pour remédier à l'état de choses que nous venons de signaler, les jurisconsultes, réputèrent déjà nés, reconnurent le caractère de « *personæ certæ* », dès le moment de la confection du testament, aux posthumes, qui s'ils avaient vécu à cette époque eussent été dans la puissance immédiate du testateur. La fiction commence, et par elle on permet de considérer comme vivants, au jour où le testament est rédigé, les enfants nés d'une veuve dans les dix mois de la mort de son mari, et ceux nés d'une bru déjà veuve et déjà grosse au

(1) Ce principe qui annulait l'institution faite au profit d'une « *persona incerta*. »

jour où son beau-père testait. Le mari et l'aïeul ont pu valablement les instituer. A la suite de cette première réaction contre le principe primitif, d'autres se réalisent successivement qui augmentent peu à peu les cas dans lesquels le « *posthumus suus* » peut être valablement institué. C'est d'abord le posthume Aquilien, puis le Velléen et le posthume Julien, de telle sorte que, finalement, tout « *infans* » conçu au jour de la confection du testament ou postérieurement et susceptible de devenir « *suus heres* » au jour du décès du testateur, put être institué héritier. A l'époque classique donc, sous Hadrien, tout « *posthumus suus* » peut être institué héritier ou exhérité; il est donc devenu une personne et une « *persona certa* », fictivement du moins.

Ces raisons qui firent admettre le « *posthumus suus* » au nombre des personnes capables de bénéficier d'une institution d'héritier n'existaient pas à l'égard du « *posthumus alienus* » : aussi ce dernier, « *jure civili* », n'obtint-il jamais la même faveur. C'est le préteur qui vint à son secours par la « *Bonorum Possessio secundum Tabulas* » (1); « *bonorum possessio* » qui, dès ses débuts, ne devait pas mettre le « *posthumus alienus* » à l'abri de toute éviction et lui était donnée « *sine re* » : en effet il pouvait être évincé (puisque le testament qui l'instituait était « *injustum* ») soit par l'héritier « *ab intestat* », soit par celui qui était porté sur un testament régulier. (Gaius, II, par. 119, 120, 148, 149.) Le posthume externe n'obtient cette « *bonorum possessio secundum tabulas cum re* » que fort tard : en effet, il est fort probable qu'au commencement du III^e siècle, elle était encore soumise à l'ancienne règle ; c'est du moins la conclusion que l'on peut tirer du sénatus-consulte par lequel le posthume externe fut déclaré incapable de re-

(1) Institut. liv. 3, t. 9. princip.

cueillir des fideicommiss, disposition assez inutile s'il avait pu recueillir comme « *bonorum possessor* » envers et contre tous.

C'était encore d'ailleurs l'importance que les Romains attachaient à l'institution d'héritier qui était la base même du testament qui avait amené le préteur à protéger le posthume externe. Aussi nous allons voir que le legs n'était pas autorisé par le préteur, car il n'est pas, lui, le « *caput* », mais seulement une partie accessoire du testament.

Des legs. — La « *factio testamenti* » appartenant au « *posthumus suus* », celui-ci peut être institué légataire, pourvu qu'il soit conçu au moment de la confection du testament. Nous avons d'ailleurs un texte dont, par argument a contrario, nous tirons une justification incontestable de cette affirmation. « *Posthumus quoque alieno inutiliter legabatur* » (1) ; donc cela était permis pour un « *suius* ». Et le Préteur, qui envoyait en possession le posthume externe institué héritier, ne venait pas à son secours quand un legs lui était attribué : on sait pourquoi.

Des fideicommiss. — Cette forme de disposition, « *mortis causa* », ne fut réglée législativement que par Auguste, et, à partir de cette époque, le caractère du fideicommiss subit successivement deux transformations dont la seconde était contenue en germe dans la première, l'obligation de restituer devant entraîner l'annulation des fideicommiss conçus dans le but de tourner l'application des lois.

Primitivement le fideicommiss était un moyen de gratifier d'une libéralité une personne privée de la « *factio testamenti* » ou du « *jus capiendi* » ; cette mission confiée à un fiduciaire dont le testateur connaissait la loyauté, et qu'il chargeait de

(1) De legatis, par. 26. Institutes.

remettre l'objet de la libéralité au fideicommissaire, permettait d'agir en fraude des lois. En particulier, un fideicommiss adressé à un posthume externe remplaçait une institution d'héritier plus avantageusement que la « *Bonorum Possessio* » du Préteur, dont on pouvait être évincé ; un fideicommiss particulier remplaçait aussi facilement un legs régulier.

Auguste donna à la mission du fiduciaire un caractère *obligatoire* qu'elle n'avait pas avant lui, et, *dès lors, on en arriva* petit à petit à prononcer *l'annulation* des fideicommiss faits en fraude des lois, du moins des lois les plus importantes. — C'est ainsi que, sous Hadrien, deux sénatus-consultes déclarèrent nuls les fideicommiss adressés aux posthumes externes. (Gaius, II, par. 287.) Frappés d'une nouvelle incapacité, ces personnes furent dès lors placées dans la même situation vis-à-vis d'un legs que vis-à-vis d'un fideicommiss.

Était-ce là l'expression exacte de la législation de l'époque classique du droit romain ? A l'égard du posthume externe, ne faut-il pas admettre une exception à cette règle de ce passage de Gaius. (II. par 287.)

En effet, on se souvient que la « *querela inofficiosi testamenti* » était ouverte aux « *infantes concepti* » ; or les enfants, vis-à-vis de leurs ascendants maternels, n'étaient que des cognats et n'en avaient pas moins droit à cette querela. Il fallait pourtant donner à l'ascendant maternel le moyen de soustraire son testament au danger de la rescision, et comment le lui donner sinon en l'autorisant à donner à son enfant une part équivalente au quart de sa part ab intestat. De là ne peut-on raisonnablement conclure que le posthume externe légitimaire avait dû, lui aussi, avoir la capacité de recevoir des legs ou des fideicommiss de manière à le remplir de

sa légitime et à rendre de sa part non recevable la *querela inofficiosi testamenti*.

Quoiqu'il en soit, Justinien apporta une dernière modification qui inaugura le principe consacré dans l'art. 906, al. 2 de notre Code civil. Dans les paragraphes 26 et 28 De legatis, aux Institutes, il déclare le « *posthumus alienus* » capable de recevoir des legs et des fideicommiss aussi bien que d'être institué héritier, à condition qu'il soit conçu au jour de la mort de celui qui testait à son profit, et qu'il ne fût pas enfant adultérin ou incestueux du testateur.

La tendance des jurisconsultes romains était de rapprocher de plus en plus les legs et les donations à cause de mort. Les enfants conçus étaient devenus aptes à recevoir des legs. Pouvait-on, par l'intermédiaire du curateur dont nous allons parler, leur adresser des donations à cause de mort ? La question est difficile à trancher, les textes manquent.

C'est ainsi que la capacité de droit de l'enfant conçu s'était successivement augmentée pour devenir la règle au point de vue de la capacité de recevoir ab intestat ou par testament.

Nous avons vu dans le fragment de Julien, plusieurs fois cité, que ce n'est pas à tous égards que l'enfant conçu est assimilé à l'enfant jam natus, mais seulement presque à tous les égards, « *pene* ». En effet la personnalité de l'enfant conçu n'était que conditionnelle, subordonnée qu'elle était à cet événement futur et incertain qu'il *naîtrait vivant*. Les enfants qui viennent morts au monde, dit le jurisconsulte Paul, sont réputés n'avoir jamais été ni conçus, ni nés. Notre loi française s'est montrée plus exigeante : elle décide que l'enfant doit naître non seulement vivant, mais viable.

De ce caractère conditionnel découlent trois conséquences, dont une, la dernière, va nous amener à la partie de cette étude où nous aurons à rechercher comment s'exerce la

capacité de droit que nous venons de reconnaître à l'« *infans conceptus* ».

1° L'individu déjà né, qui est appelé à une succession, écarte définitivement ceux qui seraient venus à sa place, et cela, alors même qu'il mourrait lui-même, un instant de raison après avoir recueilli cette succession. Au contraire, l'enfant conçu ne fait que retarder, tenir en suspens la vocation de ceux qui le suivent ; et s'il vient à ne pas naître vivant, sa personnalité disparaît avec effet rétroactif ; il ne laisse pas de successeurs, d'héritiers ; et ceux qui le suivent sont réputés avoir été les seuls héritiers du « *de cuius* ».

2° Le « *filius suus heres jam natus* », quand il était omis dans le testament de son « *pater* », mettait obstacle à la validité de ce testament qui demeurerait « *injustum* », quoiqu'il arrivât ensuite, alors même que ce « *filius natus* » serait mort avant son « *pater* ». (Instit. II, 13.) Au contraire, dans les mêmes circonstances de prétériton, l'« *infans conceptus* », le « *posthumus suus* » ne faisait que rompre le testament de son père de famille, et cette rupture était elle-même subordonnée à la naissance en vie de l'enfant conçu. — Voir Ulpien L. 3, p. 3. D. liv. 280. tit. 3.

3° Enfin, l'individu déjà né pouvait prendre immédiatement parti, accepter la succession ou la répudier, et quand ce successible était impubère, c'était son tuteur qui gérât cette succession avec l'ensemble de ses autres biens. Au contraire, l'enfant qui n'était encore que conçu n'était, lui, jamais en tutelle, et quand il était appelé à une succession, cette succession ne lui était pas attribuée immédiatement. Le sort de cette succession demeurait en suspens ; elle était mise en réserve « *in tempus nascendi* », c'est-à-dire pour le cas éventuel où l'enfant conçu viendrait à naître vivant. Dans l'intervalle entre l'ouverture de cette succession et le

moment où l'on saurait si l'enfant conçu y aurait droit, qu'aurait-on faire de cette succession? C'est ici qu'apparaît la nécessité d'étudier le fonctionnement, l'exercice de cette capacité de droit.

CHAPITRE III

DE L'EXERCICE DE LA CAPACITÉ DE DROIT RECONNUE A L'*infans conceptus*

Quel système de protection les Romains avaient-ils organisé dans l'intérêt de cet enfant dont l'incapacité de fait était absolue? Au Digeste, au livre 37, titre 9, nous avons des dispositions juridiques qui ont pour rubrique ; « *De ventre in possessionem mittendo et curatore ejus.* »

Le préteur et non le droit civil avait organisé un régime d'administration ou plutôt de conservation des biens composant la succession échue conditionnellement à l'« *infans conceptus* ». Ce régime consistait d'abord dans l'envoi en possession puis dans la nomination d'un ou de deux curateurs.

Premièrement, la femme qui était enceinte demandait au magistrat la « *missio in possessionem* » de la succession à laquelle l'enfant conçu était éventuellement appelé.

Y avait-il contestation sur le fait de la grossesse ou sur toute autre circonstance de nature à empêcher l'enfant de venir à la succession? Le magistrat prenait connaissance de la difficulté et la tranchait par un décret. Quand il n'y avait pas contestation, la « *missio in possessionem* » était donnée sans examen du cas.

Lorsque le prêteur envoie en possession, « *ventris nomine* », il n'accorde pas la possession dans le sens juridique du mot, c'est-à-dire la possession « *animo domini* ». Ce que le prêteur donne, c'est plutôt la garde et le droit de veiller à la conservation des choses dont il envoie en possession. — Pomponius, au Dig. L. 12, 42, 4.

La femme enceinte avait donc non pas la possession, mais la détention, à peu près comme un dépositaire. Cette détention était protégée par le prêteur, lorsqu'elle était attaquée injustement. Le magistrat avait, en effet, organisé la sanction de ce droit, de cette « *missio in possessionem* » : il avait mis à la disposition de la femme troublée ou privée de sa détention, soit un interdit, soit une action « *in factum* » (1).

Deuxièmement, le prêteur nommait un, peut-être deux curateurs, l'un appelé « *curator ventris* », l'autre « *curator bonorum* ». Souvent d'ailleurs les deux fonctions étaient remplies par le même individu.

Le « *curator ventris* » était celui qui était chargé de veiller sur la femme, de lui procurer tout ce qui lui était nécessaire pour vivre : la nourriture, les vêtements, l'habitation. C'était également un rôle de surveillance, destiné à prévenir toute tentative de supposition, de suppression de part. Dans ce but, de nombreuses précautions étaient prises vers l'époque de la délivrance et le jour de l'accouchement.

Le « *curator bonorum* » était celui qui était chargé de veiller à la conservation des biens de la succession. Il interrompait les usucapions ou les prescriptions qui étaient en train de courir contre la succession ; il poursuivait les débiteurs qui auraient pu être libérés « *tempore* ». Il faisait rentrer les créances, payait les dettes, transformait en argent les

(1) Ulpien, L. 3, p. 2. D. liv. 43, titre 4.

objets susceptibles de dépérissement. — Mais là s'arrêtaient ses pouvoirs, et le jurisconsulte Hermogénien, l'un des derniers jurisconsultes du Digeste, écrit (D. L. 48, liv. 26, tit. 7) : « Il y a une grande différence entre le « *curator ventris* » et le « *curator bonorum* » d'une part, et le curateur du fou, du prodigue ou le tuteur d'un pupille, d'autre part. Le curateur de ces derniers, le tuteur ont l'administration libre, très large. Ils sont vis-à-vis du patrimoine qui leur a été confié « *loco dominorum* ». Au contraire, le curateur au ventre, le curateur aux biens n'ont que la garde des biens et le pouvoir de vendre les choses qui sont exposées à se détériorer. »

Ainsi ce curateur n'avait de pouvoir que dans la limite du but assigné à son institution ; il ne pouvait faire que des *actes conservatoires*. Mais la situation ne devait pas beaucoup se prolonger ; elle était appelée à se dénouer promptement.

C'est dans l'Édit du Préteur que ces mesures ont été organisées, et ce que nous venons d'exposer, c'est la législation existant à l'époque classique et même plus tôt. — Mais quel était le régime adopté dans cette circonstance, avant l'Édit du Préteur ; à quelle date peut-on placer ce document juridique ? On ne peut guère établir que des conjectures. Ce qui est certain, c'est que cet édit est postérieur à l'époque où les enfants conçus avaient été déclarés aptes à succéder, c'est-à-dire à l'époque de la rédaction de la loi des Douze Tables. Lors de cette loi, il n'y avait pas de préteur, car elle est de l'an 305 (R) et la création de la préture de 388 (R). Mais alors se présente la question de savoir si, dans cet intervalle de 84 ans, il avait été pris des mesures de protection analogues à celles qui devaient être établies plus tard. — A cette époque reculée, nous pensons que la famille qui, aux origines de Rome, était plus compacte, plus unie et plus puis-

sante qu'elle ne devait l'être plus tard, veillait et était seule chargée de veiller aux intérêts de l'enfant conçu, de même qu'aux intérêts de tous ses membres incapables en général. C'en est que lorsqu'elle commença à se désagréger que la loi et le magistrat prirent en mains l'intérêt des incapables et par conséquent celui de l'enfant conçu.

D'ailleurs ce système prétorien d'envoyer en possession dans tous les cas de succession « *ab intestat* » ou testamentaire n'a pas été, fort probablement, créé de toutes pièces. Le magistrat a dû tout d'abord statuer en ce sens, en vue d'un cas particulier, celui qui avait le premier attiré l'attention de l'autorité publique. Ensuite au fur et à mesure que le besoin s'en était fait sentir, qu'il avait aperçu les lacunes, il les avait comblées avec l'aide d'un système bien connu, qu'on appelle également, quand il s'agit d'appliquer les lois, le système de l'analogie.

C'est ainsi, croyons-nous, que le posthume avait tout d'abord obtenu la « *missio in possessionem* » quand il était appelé à la « *bonorum possessio contra tabulas* » et puis ensuite au fur et à mesure que le besoin s'en était fait sentir, l'édit sur la « *missio in possessionem* » et la curatelle au ventre avait été étendu à tous les cas de succession « *ab intestat* » ou testamentaire, à tous les cas où il y avait lieu de venir au secours d'un individu éventuellement appelé à une succession.

Quoiqu'il soit téméraire de rien affirmer sur ce point, on peut faire valoir en faveur de cette opinion, outre les considérations précédentes, celles-ci tirées de la relation étroite qui rattache l'un à l'autre le titre 9 que nous venons d'étudier en partie au titre 4, intitulé : « *De bonorum possessione contra tabulas* ». En effet, dans le Digeste, ce titre 9 du livre 37 vient après plusieurs titres qui sont tous des dépendances ou des

appendices au titre 4, et son fragment 1^{er}, au principium (1), est lui-même un appendice de cette « *bonorum possessio contra tabulas* ». Le Préteur mettait « *ventrem in possessionem* » c'est-à-dire accordait une possession provisoire, une simple détention, au lieu de la « *bonorum possessio contra tabulas* », qu'obtiendrait immédiatement et d'une façon définitive l'enfant déjà né.

Or la « *bonorum possessio contra tabulas* » avait un domaine d'application très limité : elle n'était ouverte qu'aux *sui* et aux « *liberi* » qui n'avaient été ni institués ni exhéredés dans le testament de leur père de famille. — Ne peut-on de là, de cette relation entre ces deux titres, conclure sans trop de témérité que ces mesures de protection dans l'intérêt de l'« *infans conceptus* » ont été inventées uniquement en vue d'un cas spécial où le posthume était appelé à la « *bonorum possessio contra tabulas* » ; et que ce n'est que progressivement qu'ensuite cette partie de l'Édit avait été étendue aux autres cas, avait pris une sphère d'application beaucoup plus large. — Cette théorie de la « *Missio in possessionem* » est en effet liée à celle de la « *bonorum possessio* », comme le montre la lecture de ce titre du Digeste. Voir en effet la loi 7 au principium et le fragment 10 de ce titre qui, en même temps, permettent de constater la généralisation des mesures de protection que nous croyons avoir été, primitivement, édictées en vue d'un cas particulier : « Le posthume « qui vient à naître, pourvu qu'il ait déjà été conçu au « jour de la mort du testateur, quand il sera venu au monde, « peut demander la *bonorum possessio*, car le Préteur « accorde cet avantage à l'enfant, chaque fois qu'en le sup-

(1) Nam et hac parte Edicti eos tuitus est, dum ventrem mittit in possessionem vice contra tabulas bonorum possessionis. — D. liv. 37, tit. 9, princip.

« posant né, il serait appelé par l'Édit à la bonorum possessione. »

De cette généralisation découlent deux conséquences : 1° Chaque fois que le posthume avait été soit omis, soit exhéredé injustement dans le testament de son ascendant, et qu'il avait droit à la « *querela inofficiosi testamenti* », il était juste de prendre en faveur de cet enfant les mêmes mesures de protection que pour l'enfant déjà né, d'autoriser la « *missio in possessionem* » à propos de cette succession qui était exposée à échoir à l'enfant, si, plus tard, il triomphait dans son action. — Digeste. De inoff. testamento, 6 au prin. — liv. 37, titre 9, frag. 1, par. 2.

2° De même, quand un enfant conçu était appelé à un fideicommiss d'hérédité et cela valablement, il devait être protégé de la même façon, par la « *missio in possessionem* », qu'un successeur universel proprement dit, un « *heres* » du droit civil, ou un « *bonorum possessor* », simplement conçu.

DEUXIÈME PARTIE

DE « L'INFANS JAM NATUS »

La seconde période de l'« *infantia* », celle qui commence au jour de la naissance doit être étudiée en deux parties, l'une dans laquelle nous exposerons la doctrine la plus récente sur les limites de l'« *infantia* », l'autre où nous chercherons à déterminer la condition juridique de cet « *infans* ».

Ces deux parties, d'ailleurs, sont intéressantes au point de vue de l'histoire du droit romain, la seconde surtout.

CHAPITRE PREMIER

LIMITES DE L' « INFANTIA »

La controverse célèbre et ancienne sur ce point n'existe que pour le temps antérieur à l'an 407 de l'ère chrétienne, car dans cette année il est intervenu une constitution qui paraît supposer que la question a été tranchée. — Cette constitution montre que les empereurs Arcadius, Honorius et Théodose ont fixé à sept ans l'âge pendant lequel le père de l'« *infans* » devra demander la « *bonorum possessio* » de l'hérédité maternelle : « *sive maturius, sive tardius filius fundi sumat auspicia.* » (L. 8. Code Théod. VIII, 48.) — Une autre constitution de l'an 428 des empereurs Théodose et Valentinien est encore plus formelle, car elle commence ainsi : « *si infanti* » (*id est minori septem annis*).

Mais la question reste entière pour le temps antérieur à ce commencement du cinquième siècle. Quand cessait l'« *infantia* », antérieurement à 407 ?

Des commentateurs (1), sans distinction d'époque, se

(1) Cujas : J. G. Heineccius. Günther. Accarias. Demangeat. de Savigny, etc.

Voir Cujas : Opera omnia. Neapoli, 1722, t. IX, p. 774 — t. I, p. 552.

préoccupant peut-être trop peu du développement historique du droit romain, la font cesser à sept ans accomplis. — Cette opinion absolue nous paraît difficilement admissible dans un état de droit où d'une manière générale on ne connaissait aucune fixation d'âge. C'est ainsi que, pour la pupillarité, la coutume primitive avait laissé la détermination à la famille pour chaque individu en particulier ; fort tard seulement, une date, la même pour tous, 14 ans pour les hommes, 12 pour les femmes, est mise en avant par quelques jurisconsultes, mais législativement elle n'est pas adoptée avant Justinien. (Ulpien, Règles XII, par. 28.) Et cependant quelle importance n'avait pas dans la législation romaine la puberté, nécessaire pour se marier, acquérir la capacité civile, pour faire son testament, etc... Il eût été bien extraordinaire qu'alors qu'il n'y avait pas de fixation légale pour la sortie de la pupillarité, il y en ait eu une pour celle de l'« *infantia* ». Il nous paraît que la question devait, ici encore, être une question de fait, dont la solution variait suivant les individus et était donnée par la famille qui avait alors sur ses membres faibles et incapables un pouvoir de contrôle très étendu. Pourquoi, à cette époque, aurait-on fixé les limites de l'« *infantia* » à sept ans ? L'intérêt de l'« *infans* », au contraire, comme nous l'allons voir, était absolument opposé à cette limitation. Auparavant faisons une remarque importante et décisive, croyons-nous, pour

Heineccius : dans ses *Recitationes in elemento juris civilis*. Genève, 1768, p. 120, tome V.

Günther : *Principia juris romani privati*. Iéna, 1805, tome I, par. 96, page 75.

Accarias : *Précis de Droit romain*, 1878, 2^e édition, tome I, p. 367.

Demangeat : *Cours élémentaire de Droit romain*, 1876, 3^e édition, tome II, p. 258.

De Savigny : *Traité de Droit romain*. Paris, tome III, par. 107. p. 25, et suite.

entraîner la conviction vers le système que nous soutenons : l'ancien droit romain connaissait, au point de vue de la capacité par rapport à l'âge, deux extrémités : l'« *infantia* », incapacité absolue, la « *pubertas* », pleine capacité. Entre ces deux extrêmes, se plaçaient d'une part l'« *infantiae proximus* », qui était assimilé au point de vue de la capacité juridique à l'« *infans* », et le « *pubertati proximus* », assimilé au « *pubes* ». Or chacun reconnaît que le droit romain n'avait pas fixé de limite entre l'« *infantiae proximus* » et le « *pubertati proximus* » : par conséquent les Romains n'auraient pas fixé la limite entre la capacité et l'incapacité, et ils se seraient occupés de tracer une démarcation exacte entre l'« *infans* » et l'« *infantiae proximus* », également incapables ? N'est-ce pas impossible ?

Toutes ces considérations nous paraissent assez sérieuses pour que nous ne sentions pas la nécessité de faire entrer en ligne de compte des textes dont aucun ne se trouve antérieur à l'époque classique, et sont trop obscurs pour être probants. Un seul texte (1), la loi 5 Dig., 50-17, est formel dans le sens de l'opinion que nous soutenons. Nous préférons nous en tenir à ce qui vient d'être dit.

Mais on peut encore se demander à quoi s'attachait la famille pour déclarer qu'un individu n'était plus « *infans* » : était-ce au fait matériel de l'acquisition de la parole ou bien au fait de parler avec quelque intelligence ?

D'après Ortolan, on doit rapprocher l'« *infans* » du « *mutus* », un individu étant « *infans* » tant qu'il ne peut pas parler ; cette opinion s'appuie, principalement, outre l'argument tiré de l'étymologie, sur la paraphrase que fait

(1) In negotiis contrahendis alia causa habita est furiosorum, alia eorum qui fari possunt, quamvis actum rei non intelligerent ; nam furiosus nullum negotium contrahere potest ; pupillus omnia, tutore auctore, agere potest.

Théophile au par. 10 : *de inutilibus stipulationibus*, aux Institutes. Théophile dit formellement que l'« *infantia* » dure jusqu'à l'acquisition de la parole. (Théophile : Inst. 3, 9, par. 10.) Voir Ortolan, tome 2, p. 177, in fine et la note.) Bien probablement, il a dû en être ainsi fort anciennement. A cette époque reculée, il n'y avait rien de choquant à déclarer le pupile « *non infans* », dès qu'il pouvait parler, bien que cependant il ne comprît pas encore ce qu'il disait parce que le « *pupillus proximus infantie* » était encore assimilé à « *l'infans* » : il n'avait pas encore acquis la demi-capacité de droit qu'il devait acquérir plus tard. Mais du jour où le « *proximus infantie* » acquérait l'aptitude à comparaître, à figurer dans les actes juridiques qui l'intéressaient, les jurisconsultes romains paraissent avoir senti ce qu'il y aurait d'exorbitant à voir un enfant de trois ou quatre ans qui parlait, émettait des sons, prendre part à une stipulation sans comprendre encore ce qu'il disait, et alors la signification de *fari* avait tendu à se modifier. Les jurisconsultes avaient fait admettre, non peut-être sans résistance, qu'on ne reconnaîtrait plus comme « *non infantes* » que ceux qui comprendraient un peu ce qu'ils disaient, et avaient fini par faire adopter l'âge de 7 ans. Tel était déjà l'état de droit à l'époque d'Ulpien, d'après la loi 70, liv. XIV au Dig. titre 1, et la loi 1, par. 2, XXVI, 7. Dans le premier texte, le jurisconsulte refuse l'action « *ex stipulatu* » à un infans à qui sa mère avait fait promettre par son mari la restitution de sa dot, si elle mourait « *in matrimonio* » ; il la refuse, parce que l'enfant avait parlé sans comprendre ce qu'il disait ; le texte porte en effet « *fari non poterat, id est adhuc erat infans.* » Et dans le second texte, l'interprétation que ce jurisconsulte donne du mot « *infans* » montre bien qu'il s'agit d'un individu mineur de sept ans.

Ainsi, pour nous résumer, les limites de l'« *infantia* » n'ont pas fait jusqu'à l'époque classique l'objet d'une délimitation précise et uniforme. Chaque espèce avait sa limite propre. Puis les progrès du droit à l'époque classique ont fait adopter par les jurisconsultes cette date uniforme de sept ans qui fut sanctionnée législativement au commencement du cinquième siècle de notre ère (1).

(1) Idem au Code Justin., liv. 76, tit. 30, 18, 4.

CHAPITRE II

DE LA CONDITION JURIDIQUE DE L'« INFANS »

Il n'y a plus aujourd'hui qu'une seule période d'incapacité qui va de la naissance à l'âge de 21 ans, sauf l'institution de l'émancipation. Le droit romain était plus complexe : rien qu'à l'égard des personnes « *sui juris* », il y a de nombreuses distinctions à faire suivant les époques. Le pupille n'était pas incapable de la même façon depuis l'âge de sa naissance jusqu'à la puberté ; la pupillarité se divise en deux périodes, comme on le constate aux Institutes (par. 9 et 10, III, 19), et au 3^e commentaire de Gaius (par. 107 à 109). De ces textes résulte : 1^o que l'aptitude à faire toute espèce d'acte soit seul, soit avec l'« *auctoritas tutoris* », n'avait été reconnue qu'au pupille sorti de l'« *infantia* » ; 2^o que très anciennement il n'y aurait eu que les pupilles approchant de la puberté, les « *pupilli pubertati proximi* » qui auraient été investis de cette demi-capacité et alors, à cette époque ancienne, la distinction eût été en « *pupilli infantis et infantiae proximi* » d'une part, et en « *pupilli pubertati proximi* » d'autre part. Mais bientôt, dans l'intérêt des pupilles « *proximi infantie* », *benignior juris interpretatio facta est*, et

ceux-ci avaient été rapprochés des « *pupilli pubertati proximi* ». L'incapacité complète ne frappait plus alors que les « *infantes* ».

Le grand intérêt qu'avaient les pupilles sortant de l'« *infantia* » à être déclarés à demi-capables, résidait dans ce principe de la non-représentation des personnes par des personnes étrangères, qui jouait à Rome un si grand rôle. Et le tuteur était pour son pupille une « *persona extranea* ». Ce principe avait deux faces, car, d'une part, il s'opposait à ce qu'un tiers agissant en son nom puisse représenter le « *dominus negotii* » et, de l'autre, il s'opposait à ce que certains actes puissent être faits par une personne autre que l'intéressé. — Dans le 1^{er} cas, il s'agit d'un acte qui ne peut être fait pour une cause quelconque par l'intéressé, mais qui peut l'être par un autre, sauf ensuite à transporter les conséquences de cet acte sur la tête de l'intéressé ; dans le second cas, le fait de l'intervention personnelle de l'intéressé est une condition « *sine qua non* » de l'existence de cet acte, — et ici, surtout aux époques primitives du droit romain, le principe était très embarrassant, avait de nombreuses et graves conséquences.

On peut comprendre dès lors combien il était utile de faire sortir les « *infantes* » de leur incapacité complète. D'une part, en effet, le tuteur, quand il agissait dans l'intérêt de son pupille, était obligé d'user des mêmes voies que celles qu'il aurait employées, s'il avait agi pour lui-même, d'acheter, de vendre, de payer, de recevoir, de faire des placements comme pour lui-même, sauf au jour de la puberté à régulariser cette situation par un règlement de compte qui devait transporter les conséquences de ces actes sur la tête du pupille. Voilà un danger possible pour ce dernier, qui pouvait avoir en face de lui un tuteur absolument insolvable. Aussi était-il nécessaire d'investir le pupille, le plus promptement possible, d'une demi-capacité, de l'autoriser à agir lui-même,

« *tutore auctore* » pour que les actes auxquels il prenait part produisissent directement et immédiatement effet sur son propre patrimoine.

D'autre part, il avait évidemment intérêt à intervenir dans les actes nombreux que son tuteur ne pouvait faire pour lui : tel par exemple une adition d'hérédité. Le pupille externe pouvait seul l'accepter, et cette faculté d'accepter n'était pas transmissible ; — s'il mourait avant d'être à demi-capable, n'était-ce pas regrettable ? puisque le bénéfice de cette hérédité se trouvait perdu pour sa succession. Il fallait donc investir le pupille de l'aptitude à prononcer lui-même la formule sacramentelle de la *cretio*, lui permettre de faire lui-même ces actes essentiellement personnels.

Voilà pourquoi on assimilait le pupille « *proximus infantie* » au pupille « *pubertati proximus* ».

Les « *infantes* » étaient donc frappés d'une incapacité de fait complète. Le par. 10. De inutilibus stipulat. aux Institutes déclare en effet que les infantes étaient incapables de figurer à aucun « *negotium* ». — Que signifie exactement cette expression ? Nous croyons qu'il faut l'entendre dans son sens le plus large, comprenant les actes juridiques bilatéraux, ceux qui exigent pour leur existence deux volontés concordantes, un « *consensus* », un « *idem placitum* », des conventions en un mot ; la mancipation, l'« *in jure cessio* », la tradition, tous les contrats ; le paiement, le pacte « *de non petendo* », l'acceptation. De plus, dans cette expression, nous ferons rentrer des actes, volontaires encore, mais non plus conventionnels, des actes unilatéraux n'exigeant pour leur existence qu'une seule volonté : l'affranchissement, l'émancipation l'acceptation d'une hérédité, l'acte du gérant d'affaires.

Pour ces deux classes d'actes où la volonté du pupille de l'« *infans* », doit jouer un rôle, il est pleinement incapable

d'y prendre part, car il était considéré comme n'ayant pas de volonté. Dans le par. 8, aux Institutes même titre, on lit, en effet : « *furiosus negotium gerere potest, quia non intelligit quod agit.* » De même le pupille infans était, d'abord, incapable de faire quoique ce fût, même avec l' « *auctoritas tutoris* » (1), puis, même « *tutore auctore* », il ne pouvait pas même rendre sa condition meilleure.

L'acte qu'il commet est inexistant, c'est un pur fait dénué de tout effet juridique : du moins c'est là le principe ; nous chercherons tout à l'heure s'il peut admettre quelque tempérament soit dans le cas d'un acte licite, soit dans le cas d'un acte illicite. — Voir applications : Ulpien, au Digeste, — frag. 1^{re} De Verborum obligationibus — et même titre, loi 70. — Gaius ; frag. 6. Rem pupilli salvam fore.

SECTION I

Des actes licites

Ainsi, d'une part, incapacité radicale de l' « *infans* », de l'autre, difficulté d'administration du patrimoine par le tuteur que gêne le principe de la non-représentation. La condition de l'infans paraît singulièrement dure et cela d'autant plus que très anciennement, les actes qui se refusaient à l'intervention d'un « *negotiorum gestor* » comprenaient la plupart des actes juridiques. Plus tard, même lorsque le droit se dépouilla

(1) L'auctoritas est un complément de capacité, une auctio ; — or ici l'infans n'a pas de capacité et le néant ne peut se compléter.

quelque peu de la rigueur de son formalisme, ces actes furent encore très nombreux.

On peut citer : Les « *Legis actiones* » — l'« *adrogatio* », le testament, la « *mancipatio* » — la « *manumissio vindicta* », l'« *in jure cessio* », — la stipulation, l'acceptilation, l'addition d'hérédité.

Le droit originaire donc paraît ne pourvoir aucunement à la vie juridique de l'« *infans*. » Il paraît lui suffire de garantir les droits éventuels de ses héritiers par l'état d'incapacité absolu où il est naturellement placé et qu'il sanctionne rudement.

La condition juridique de l'infans paraît donc très dure, et très compromettante pour ses intérêts. Était-ce là vraiment l'état du droit de cette époque reculée ? Se peut-il que cette incapacité, ces règles rigoureuses amènent forcément à ce résultat ? Oui, si les pouvoirs du tuteur sont aussi restreints que ceux qui, de nos jours, appartiennent aux administrateurs des biens d'autrui. Mais comment croire que les intérêts de l'infans, qui sont aussi ceux de sa famille, soient aussi sacrifiés n'est-ce pas contraire à toute raison ? Nous croyons pouvoir affirmer que si, à la vérité, le principe de la non-représentation existe, il ne constitue pas encore un obstacle à l'administration du patrimoine de l'incapable, et cela par cette raison que le tuteur n'agit pas « *alieno nomine* », mais bien comme un véritable propriétaire.

Le droit pendant longtemps ne limita pas les pouvoirs du tuteur. A l'époque de Gaïus, ils étaient encore presque ceux d'un propriétaire et anciennement ils avaient dû être ceux d'un propriétaire véritable. Bien probablement les tuteurs légitimes ont été propriétaires de la fortune qu'ils étaient chargés de gérer. Ils étaient propriétaires pour le compte d'autrui : dès lors, la difficulté de faire des actes exigeant l'intervention person-

nelle de l'intéressé disparaissait ; le tuteur les faisait comme s'ils le concernaient personnellement. De plus les tuteurs avaient été propriétaires à la place des incapables afin que « *res apud eos tutius essent* », c'est-à-dire afin que ces choses fussent plus en sûreté étant devenues la propriété du tuteur qu'étant restées dans le patrimoine de l'incapable. (Gaius, Com. 2, par. 60.) En effet, à cette époque, « *nemo alieno nomine lege agere potest* ». D'ailleurs, les spoliations étaient assez fréquentes, et s'il fallait revendiquer un bien ravi, le tuteur ne pouvait le faire, ne pouvait « *lege agere sacramento* », que s'il était devenu propriétaire (1).

Les pouvoirs du tuteur avaient donc eu longtemps une étendue considérable, analogues à ceux d'un propriétaire ; les jurisconsultes classiques, aux II^e et III^e siècles, qualifiaient encore les tuteurs et curateurs de « *loco dominorum, vice dominorum* » ; ils pouvaient encore faire sur la fortune des incapables tous les actes de la vie juridique qui ne leur avaient pas été expressément retirés. Un tel système leur permettait non seulement de conserver, mais encore d'accroître la fortune des incapables, car c'est un fait d'expérience que, pour pouvoir développer et accroître un patrimoine, il faut avoir le droit d'agir à sa guise ; — et ce droit, les tuteurs

(1) Nous trouvons un vestige de cet état primitif dans le par. 64 du Com-4 de Gaius, où il dit que l'agnat curateur du furieux peut aliéner, « *d'après la loi des 12 Tables* ». — Si ce curateur peut aliéner, bien qu'à l'époque de Gaius il ne soit plus propriétaire, c'est qu'à un certain moment il avait été « *dominus* » et qu'on lui avait maintenu ce pouvoir d'aliéner. La loi des 12 Tables devait parler de la mancipation des « *res Mancipi furiosi* », car, à cette époque, avec l'« *in jure cessio* » c'était le seul procédé d'aliénation admis pour les « *res Mancipi* ». Comme ces modes n'admettaient pas l'intervention d'un tiers, comme c'étaient des actes essentiellement personnels, n'est-il pas probable qu'il devait être propriétaire ou avoir dû l'être à un certain moment et qu'il lui était resté, comme vestige, cette capacité d'aliéner. (M. Gérardin, dans la *Revue historique de Droit français et étranger*, janvier-février 1889.)

l'avaient pour le plus grand intérêt des pupilles et aussi dans celui de la famille.

Ces pouvoirs, le tuteur en usait sous le contrôle incessant de la famille, du public, du censeur. Dans cette société primitive les mœurs et l'opinion publique avaient une force qu'ils perdirent plus tard. Les mœurs avaient un protecteur officiel dans le censeur chargé de punir ceux qui se mettaient en révolte contre les idées généralement reçues. — Voir M. Gérardin, la tutelle et la curatelle dans l'ancien droit — dans la nouvelle *Revue historique de droit français et étranger* (janvier-février 1889), par. 4.

Mais il était arrivé un moment où l'on jugea nécessaire de protéger plus vigoureusement, ou du moins *autrement* les intérêts des incapables. Les mœurs s'étaient relâchées, l'opinion publique avait perdu de son prestige, la cité s'était accrue, rendant la surveillance du public difficile, la famille désagrégée, le pupille, l'« *infans* » se trouvait ou pouvait se trouver à la merci d'un tuteur peu consciencieux. Il fallut aviser : les tuteurs perdirent peu à peu leur omnipotence, devinrent des administrateurs du bien d'autrui. A des besoins nouveaux correspondirent des règles nouvelles et c'est alors qu'apparurent, peu à peu, toutes les conséquences du principe de la non-représentation et de l'incapacité radicale de l'infans.

Le moyen radical de sortir immédiatement de la situation de plus en plus difficile que l'évolution du droit faisait à l'« *infans* » eût été de permettre au tuteur de représenter le pupille dans tous les actes de la vie civile. Mais le vieux droit répugnait à l'idée de la représentation parfaite : aussi, tout d'abord, les jurisconsultes cherchent-ils à éviter les conséquences des principes anciens, à y apporter quelques tempé-

raments, puis enfin, ils les attaquent directement et les battent résolument en brèche.

I. — *On cherche à éviter l'application des principes, celui de l'incapacité du pupille infans, celui de la Non-Représentation*

Un premier procédé très usité pour arriver à ce résultat, c'est la mise en pratique d'un principe par lequel on peut acquérir, on peut même se faire représenter per *cos qui in potestate nostra sunt (id est per servos)* (1).

Gaius déclare même que *etiam invilis nobis per servos adquiritur pene ex omnibus causis* (32. D. XII, 1). Par là on évitait à la fois les conséquences de l'incapacité de l'« *infans* » et de la règle de la non représentation. L'« *infans* » étant capable de droit, le « *servus* » lui empruntait sa personnalité et, sur l'ordre du tuteur, la capacité de fait dont était privé son maître s'éveillait en lui et lui permettait d'agir pour le compte de l'« *infans*. » De cette façon, l'incapacité de fait du pupille disparaissait, les conséquences des actes commis par le « *servus* » portaient immédiatement sur son patrimoine et dans les actes soumis au formalisme, la condition essentielle de l'intervention personnelle de l'intéressé pouvait dans certains cas se trouver remplie.

Pour tous les actes d'administration, comme les stipulations, les ventes, les achats, les louages, les fermages, les prêts, etc. on n'avait qu'à employer un esclave pour échapper à la rigueur des principes, surtout du jour où le prêteur décida que le pupille serait tenu par l'action « *quod jussu* » même des obligations contractées par l'esclave à la suite de l'ordre du tuteur. De même pour l'addition d'hérédité, l'infans étant incapable de la faire, il suffisait que le testateur, désireux de le favoriser, instituât un esclave lui appartenant, ce dernier faisait addition

(1) Instit. Just. II, 9 pr. par. 3, Gaius, II, 86, 87, 89.

sur l'ordre du tuteur et l'hérédité se trouvait acquise à l' « *infans* ». (Dig. L. 50. 29. 2.) — Dans le cas d'un fideicommiss adressé à l' « *infans* », la convention de restitution pouvait intervenir entre le fiduciaire et l'esclave du pupille, comme on le voit au frag. 65, par. 3 du jurisconsulte Moerianus, au Dig. titre 1^{er} du liv. 36.

C'est aussi grâce à l'emploi d'un esclave que l'adrogation peut porter sur l'impubère même « *infans* », le jour où la nécessité de l'intervention des comices est remplacée par le rescrit du prince et une simple stipulation où un « *servus publicus* » représente les intérêts de l'adrogé.

L'institution du pécule de l'esclave offre encore une précieuse ressource.

En effet (ce qui était fréquent à Rome) quand un esclave avait un pécule, son maître acquérait la possession des choses appréhendées par l'esclave, même à l'insu dudit maître, c'est-à-dire alors même que ce dernier n'avait pas d' « *animus* » personnel. L' « *animus* » de l'esclave placé à la tête d'un pécule tenait lieu de l' « *animus* » du maître : celui-ci devenait possesseur en quelque sorte « *animo alieno* ». En outre, lorsque l'esclave recevait tradition « *ex justa causa* » de la chose d'autrui, l'usucapion, la « *prescriptio longi temporis* » commençait à courir au profit du maître à son insu, c'est-à-dire sans que le maître eût besoin d'être personnellement de bonne foi : il suffisait que l'esclave le fût.

En réalité, ici, l'usucapion, la possession de l'esclave pécuniaire suffisaient pour faire acquérir la possession au pécule, faire courir l'usucapion au profit du pécule. La chose rentrait dans le pécule pour faire partie de son actif. Seulement elle devait revenir au maître plus tard à la mort de l'esclave. Le pécule était en effet un patrimoine viager au maximum. C'est

pourquoi l'infans incapable d'avoir un « *animus* » personnel devenait possesseur grâce à l'« *animus* » de l'esclave (1).

Ainsi d'une part, le principe prohibitif de la représentation se trouvait corrigé dans une certaine mesure par le fonctionnement de la règle d'après laquelle les personnes « *alieni juris* » pouvaient acquérir des droits à leur chef; de l'autre l'« *infans* » pouvait être obligé par des esclaves contractants « *jussu tutoris*. »

Le second et non moins important procédé pour échapper à l'inertie que dans la plupart du temps commanderait l'application de la deuxième face de notre principe, c'est l'emploi des moyens de droit créé par le préteur, c'est l'usage du droit honoraire. En effet de bonne heure, les modes d'aliénation formalistes et essentiellement personnels purent être remplacés par la « *traditio* ».

On évita d'agir par « *mancipatio* » ou « *in jure cessio* ». Le tuteur pouvait par la tradition conférer l'« *in bonis* » à l'acheteur qui, au bout d'un ou de deux ans, par l'usucapion, convertissait sa possession en propriété. Pour acquérir, rien ne s'oppose à ce que le tuteur agisse par voie de mancipation ou de « *in jure cessio* », quitte à retransférer cette propriété nouvellement acquise à son pupille, par l'intermédiaire d'un esclave.

La règle « *Nemo alieno nomine lege agere potest* » tend à disparaître avec l'apparition du système formulaire, à la fin de la République; bientôt il devient possible de plaider pour autrui. La représentation judiciaire est partiellement autorisée; reste encore l'impossibilité de faire naître l'« *actio judicati* » dans la personne du pupille.

L'acceptilation, mode d'extinction des créances, peut être remplacée par le *pacte* « *de non petendo* » éteignant par voie d'exception la créance ou la dette du pupille. L. 28, par. 4 et

(1) D. frag. 32. 2, in fine, l. 41, tit. 2. Item infans *peculiari nomine*, per servum possidere potest. (Paul.)

2, liv. 2, tit. 14. — L. 13, par. 10. De acceptil. liv. 46-4. — Ce dernier texte montre que le tuteur, s'il préfère, peut recourir à la novation, devenir lui-même débiteur ou créancier à la place du pupille, et alors valablement prononcer les paroles sacramentelles de l'acceptilation.

Quant à l'addition d'hérédité, la « *cretio* » que ne peuvent prononcer ni l'« *infans* », ni le tuteur, elle est inutile quand il s'agit d'une hérédité provenant d'un « *de cujus* » dont l'« *infans* » est « *heres suus* » et « *necessarius* » et lorsque cette qualité n'appartient pas au pupille, le tuteur peut demander la « *bonorum possessio* » au préteur au nom de l'« *infans* » et (L. 7. § 1. De Bon. possessione) pour son compte. Là il y a représentation complète ; le droit prétorien a repoussé l'application sous ses deux aspects du principe prohibitif.

Si tel était le régime de la « *bonorum possessio* », tel devait être également le régime en matière de fideicommiss. Cette dernière matière, en effet, se rapprochait beaucoup plus du droit prétorien que du droit civil. Bien qu'elle n'eût pas son origine dans l'édit du préteur, elle était cependant gouvernée par des principes plus larges, les principes qui avaient inspiré le droit prétorien.

Quant à la répudiation d'une hérédité, si le pupille est héritier externe, l'insuffisance des pouvoirs du tuteur n'a d'autre inconvénient que de tenir en suspens le droit des tiers. S'il s'agit du cas où l'hérédité lui est acquise de plein droit, si le pupille est « *suus et necessarius heres* », le bénéfice d'abstention peut lui être procuré par son tuteur. (L. 4, au Code, V, 51.)

II. — ON APPORTE QUELQUES TEMPÉRAMEMENTS AUX PRINCIPES DE L'INCAPACITÉ ABSOLUE ET DE LA NON-REPRÉSENTATION QUE L'ON FINIT, DANS CERTAINES HYPOTHÈSES, PAR ÉCARTER.

En matière de succession, alors même qu'il s'agit d'une

succession du droit civil, le droit romain finit par mettre de côté l'idée de la non-représentation. Mais avant d'arriver à ce résultat, à ce dernier état du droit, la législation romaine subit de nombreuses modifications, passe par des complications qui dénotent la déférence que les jurisconsultes professaient pour les principes.

Nous le savons, quand un « *infans* » était « *heres* », soit « *ex testamento* », soit *ab intestato* (*heres extraneus aut voluntarius*, bien entendu), il était incapable « *stricto jure* » de faire d'une façon quelconque adition de cette hérédité. D'un autre côté, à raison du caractère essentiellement personnel de cet acte, le tuteur était, lui aussi, incapable, « *stricto jure* », d'accepter cette succession aux lieu et place de l'« *infans* ». Mais à ce « *strictum jus, utilitatis causâ* », on finit par déroger quelque peu.

En effet, dans les idées romaines, une succession pouvait être acceptée de deux façons : expressément et tacitement. — Expressément, ce la pouvait avoir lieu de deux manières, soit par la prononciation des paroles solennelles, la « *cretio* », soit par des paroles quelconques. Tacitement, on y arrivait par la « *pro herede gestios* », c'est-à-dire par l'accomplissement d'un acte de maître, sur les biens composant la succession, par exemple une prise de possession. — Le pupille « *infans* » était demeuré incapable, même « *tutore auctore* », de faire adition expressément, par la « *cretio* » ou autrement ; mais une jurisprudence plus pratique lui avait permis de faire sur cette succession, acte de maître, acte « *de pro herede gestio cum tutoris auctoritate* ». « *Sive enim heres institutus esset, non dubia pro herede, tutore auctore, gerere posse videtur.* » (Loi 65, par. 3, liv. 36, titre 1^{er}.)

Par exemple, on mettait entre les mains de l'« *infans* » un objet sans valeur et on le lui faisait briser, ou, plus élégamment, comme disait M. Gide, on mettait au doigt de l'« *infans* »

l'anneau du défunt. C'était admis pour éviter un grand danger, la perte de l'hérédité pour les héritiers de cet « *infans* », si celui-ci était venu à mourir avant d'avoir accepté la succession. Malgré la rigueur des principes, c'est de bonne heure que ce tempérament avait été admis ; l'intérêt de la famille dictait la dérogation. (1), L'auctoritas tutoris intervenait encore en cette matière, aussitôt que le pupille *infans* pouvait prononcer quelques paroles ; elle validait dès lors une adition d'hérédité expresse. — D. l. 9, liv. 29, II.

De même l'« *infantia* » du fideicommissaire ne mettait pas un obstacle insurmontable à sa comparution dans la convention de restitution, c'est-à-dire dans l'acte intervenant entre le grevé qui déclarait vouloir se dessaisir et l'appelé qui déclarait vouloir accepter le fideicommis. En effet, Loi 65 par. 3, titre I du liv. 36, on lit : « *Si pupillo infanti restituere hereditatem quis rogatus sit, si sponte adierit, etiam servo ejus et ipsi pupillo, tutore auctore, restituetur hereditas, non magis ea res impediatur quam in tuto pubere volenti sibi restitui hereditatem.* » La convention de restitution peut donc intervenir soit entre le fiduciaire et un esclave du pupille, soit entre ce fiduciaire et l'« *infans* » lui-même, agissant « *cum tutoris auctoritate* », et cette décision, le jurisconsulte essaie de la justifier en assimilant le pupille « *infans* » à un individu frappé de surdité ou de mutisme. Voilà bien une dérogation à notre principe sur l'incapacité absolue de l'« *infans* » dans le cas où il s'agit d'obtenir la restitution d'un fideicommis. De plus, si le tuteur pouvait agir en fournissant son « *auctoritas* », il pouvait contraindre le fiduciaire à faire adition et à restituer le fideicommis laissé au pupille ; en effet..... *heres compelli per tutorem potest adire et restituere hereditatem* (même texte).

(1) Le fragment cité est du jurisconsulte Mœcianus, contemporain de Gaius, vivant au règne d'Antonin le Pieux et de Marc-Aurèle.

Dès lors, le pupille « *infans* » ne court plus, quand il est appelé à un fideicommiss ou à une hérédité, aucun danger. Mais on était arrivé là au moyen de complications qui auraient été évitées si le droit romain avait voulu reconnaître le principe de la représentation dans tous les actes de la vie civile. C'est dans le dernier état du droit, qu'en matière d'adition d'hérédité, le tuteur peut accepter valablement aux lieu et place de l'infans. (L. 18, Code VI, 30.)

Le principe prohibitif de la représentation est mis de côté et on n'a plus besoin de déroger à l'incapacité absolue de l'infans.

Le droit suivit la même marche et arriva au même résultat, en matière de possession.

La possession, c'est le fait de détenir une chose, soit par soi-même, soit par autrui, avec la volonté de l'avoir en propre ; c'est en fait ce qui est, en droit, la propriété. On le sait, ce fait se réalise par la réunion sur la même tête du « *corpus* » et de l'« *animus domini* ». Or, si l'on conçoit difficilement que l'« *infans* » puisse matériellement appréhender le « *corpus* », on ne conçoit pas du tout qu'il puisse avoir, sur l'objet à posséder, l'« *animus domini* ». Incapables d'avoir une volonté, les « *infantes* » ne peuvent acquérir la possession par eux-mêmes : les textes les comparent à un homme endormi, entre les mains duquel on placerait un objet mobilier. (L. 1, § 3 et l. 22. De acq vel amit. posses. — XLl, 2.)

A coup sûr, cet homme ne posséderait pas ; de même l'« *infans* » et le « *furiosus* », quand bien même ils appréhenderaient matériellement une chose, n'en sont juridiquement pas possesseurs, par défaut d'« *animus* ». Ce point de vue fut conservé pendant quelque temps, mais il *disparut* peu à peu. « *Infans possidere recte potest si, tutore auctore, cœpit; nam iudicium infantis suppletur auctoritate tutoris; utilitatis enim causa hoc receptum est* ».

Ainsi, le jurisconsulte Paul décide (frag. 32, par. 2, liv. 44. 2) qu'un infans peut valablement posséder, pourvu qu'il commence à le faire « *tutore auctore* ». C'est une dérogation à ce principe d'après lequel l'« *infans* » ne peut pas avoir d'« *animus* » personnel et à celui qu'on ne peut devenir possesseur par autrui, qu'à la condition d'avoir personnellement l'« *animus domini* », c'est-à-dire la volonté et la prétention de se conduire en maître sur la chose. Or l'« *infans* » n'a pas et ne peut pas avoir de volonté. Le jurisconsulte déclare que la volonté absente du pupille « *suppletur* » par l'auctoritas tutoris ; voilà encore un cas où, pendant la durée de l'infantia, va pouvoir fonctionner l'« *auctoritas tutoris* ».

Utilitatis enim causa hoc receptum est. Cette utilité pratique se comprend puisque la possession est acquise, comme la propriété, directement dans le patrimoine du pupille, et que l'on échappe à une complication, à un danger, c'est-à-dire à un nouveau transfert et aux risques de l'insolvabilité du tuteur. Mais il y a un texte, le frag. 1^{er}, par. 20, d'après lequel la possession est acquise directement au pupille par l'intermédiaire du tuteur ; et, dès lors, cette utilité pratique de l'infans acquérant la possession, tutore auctore, ne se comprend plus. Ces deux textes sont la preuve de l'évolution lente par laquelle, après avoir dérogé au principe de l'incapacité absolue de l'infans, on s'est attaqué directement à celui de la non-représentation. Il y a eu un temps assez reculé où le tuteur ne pouvait pas acquérir la possession au pupille, où la proposition de ce frag. 1^{er}, par. 20, était fausse. Il devait acquérir la possession pour lui-même, tuteur, et puis ensuite la transférer au pupille. Et alors, pour échapper à ces complications, à ces dangers, on avait admis que, non seulement quand le pupille était sorti de l'« *infantia* », mais même quand il était encore « *infans* », il pourrait commencer à posséder, pourvu

que ce fût « *tutore auctore* ». On avait dit, avec Paul, « *judicium infantis suppletur auctoritate tutoris* » et ensuite, après cette première décision on en avait admis une seconde par laquelle « *per tutores possessio nobis adquiritur* ».

La première décision, d'ailleurs, n'avait pas été admise sans difficulté : les jurisconsultes discutèrent encore longtemps : leurs avis furent partagés (comme on peut le voir à la loi 23, au Code VII, 32) à tel point qu'il parut nécessaire de trancher législativement la question. La constitution de l'empereur Dèce faisait allusion à l'existence de cette controverse en disant : « *quamvis sint auctorum sententiae dissidentes* », et, de nouveau, mis en présence d'une tradition consentie à un « *infans* » qui ne peut pas avoir d'« *animus* », l'empereur déclarait néanmoins que la possession lui était acquise « *corpore* », c'est-à-dire par la remise matérielle opérée par le « *tradens* ». Quant à l'« *animus domini* », on y suppléait par l'« *auctoritas tutoris* ».

Cette brèche ouverte dans le principe de l'incapacité absolue devait logiquement amener à l'inobservation du principe prohibitif de la représentation. Puisque le tuteur, par son intervention, représentait l'« *animus* » absent de l'« *infans* », puisqu'il lui prêtait sa volonté, sa capacité de fait, il était naturel et plus simple de donner, à son intervention portant sur le « *corpus* » sur l'objet même à posséder, le même caractère et on admit la règle que le tuteur acquiert la possession pour le compte de son pupille. En effet, en réalité, il n'y a aucune différence fondamentale entre les deux procédés d'administration, la « *negotiorum gestio* » et l'« *auctoritatis interpositio* » ; c'est toujours le tuteur qui joue le rôle prépondérant. Il faisait comparaître en corps et non pas en esprit son pupille ; c'était lui, tuteur, qui préparait l'acte, le négociait et le consommait en fait ; en droit, mais seulement en droit, c'était le pupille. Dès lors, l'« *auctoritas tutoris* », c'était à peu près la même chose que la

« *negotiorum gestio* » et, en réalité, en toute raison, le tuteur représentait tout autant le pupille dans l'« *auctoritatis interpositio* » que dans la « *negotiorum gestio* ».

Ce point de vue est sanctionné et reconnu exact par le droit en matière de possession et de fideicommiss et en ces deux cas seulement. Mais pourquoi cette exception seulement dans ces deux hypothèses? Peut-être parce que ces deux actes, les Romains les considéraient comme un peu moins juridiques que beaucoup d'autres. Les actes juridiques, par excellence, aux yeux des Romains, c'étaient des actes subordonnés à des formes. Or, nos deux actes se ressemblent en ce qu'ils ne sont soumis à aucune formalité; ce sont autant des « *res facti* » que des « *res juris* ». Aussi plus facilement ici, avait-on été amené à autoriser l'intervention personnelle de l'infans et à permettre au tuteur de les faire au nom et pour le compte de son pupille.

Un autre tempérament important était apporté à l'application du principe prohibitif de la représentation: le tuteur, qui était inhabile à procurer à son pupille un droit nouveau, pouvait au profit de ce dernier et pour son compte faire des actes simplement conservatoires de droits déjà acquis: « *Per procuratorem nonsem per adquirimus actiones: sed retinemus.* » (Au Dig. liv. 3, tit. 3, frag. 72.) Le tuteur en faisant comme demandeur « *litis contestatio* » sur une action de son pupille, l'empêchait de périr, si elle était temporaire ou viagère: « *Omnes actiones que morte vel tempore pereunt, semel inclusæ judicio, salvæ permanent.* »

Un bien du pupille était possédé par un tiers et en voie d'être usucapé ou prescrit, le tuteur, en agissant, interrompait la prescription, rendait inutile l'usucapion, de même qu'il pouvait empêcher le possesseur de bonne foi de continuer à gagner les fruits en le transformant en possesseur de mauvaise foi.

Encore un exemple (1) : un voisin du pupille entreprenait sur son fonds un travail contrairement aux obligations d'une servitude « *non edificandi aut non altius tollendi* » dont son fonds était grevé. Le tuteur en lui défendant de continuer les travaux, ménageait au pupille l'interdit « *quod vi aut clam* ». Si le voisin négligeait cette défense, cette dénonciation de nouvelle œuvre, par l'interdit, le pupille pouvait un jour faire démolir ce qui avait été fait contre son droit. De même, le tuteur avait qualité pour mettre le débiteur de l'« *infans in morá*. »

Enfin, d'une façon générale, le principe de la non-représentation fléchit dès le II^e siècle de notre ère sous l'influence de la théorie de jour en jour plus répandue des actions utiles, qui sont données au pupille ou contre lui, dès son arrivée à la puberté.

Deux principes étaient en présence : d'un côté, l'incapacité ou plutôt l'impossibilité pour l'infans d'intervenir lui-même dans les actes juridiques, et, de l'autre, l'impossibilité pour le tuteur de faire certains actes pour le pupille. Ces deux principes, nous l'avons vu, devinrent très-désavantageux pour les impubères qui pouvaient avoir leurs intérêts compromis. Les Romains s'attaquèrent d'abord au premier principe, en poussant à ses extrêmes limites la capacité de fait qui pouvait être reconnue aux impubères et, dans certains cas, en dérogeant au principe lui-même. Puis le second principe, peu à peu, admit des tempéraments, et ces tempéraments rendant l'administration du tuteur plus aisée, on ramena à des limites plus raisonnables le temps pendant lequel l'impubère devait être considéré comme *infans* ; on étendit peu à peu l'« *infantia* » jusqu'à l'âge de sept ans.

(1) Ulp. loi 1, par. 1, Dig. 43. 24, *quod vi aut clam*. Ulp. loi 20, par. 1, D. 30, 1. De operi novi nunciatione.

C'est ainsi que l'expérience amena peu à peu les Romains à reconnaître l'utilité, la nécessité du principe de la représentation et s'ils ne l'admirent pas franchement, complètement, ils furent obligés, pour être d'accord avec la justice et avec la raison, d'apporter à leur principe prohibitif des tempéraments, des exceptions tellement nombreuses, tellement graves, qu'à la fin il ne présente plus guère qu'une importance théorique.

SECTION II

Des actes illicites

L'acte accompli par un « *infans* » était en principe un acte inexistant, un pur fait dénué de tout effet juridique. Quid d'un acte illicite ? La même règle doit-elle s'appliquer ? Les Romains à l'époque classique répondraient affirmativement : l'« *infans* » et l'« *infantix proximus* » étaient réputés avoir agi sans discernement ; le « *proximus pubertati* » seul était réputé « *doli et injuriæ capax* » — Institutes IV ; 1, par. 18. Digeste L. 5, par. 2, D. 9, 2. — Le jurisconsulte Ulpien demande, dans le cas où un fou aurait causé un des dommages, prévus par la loi *Aquilia*, s'il y a lieu à délivrer contre lui l'action (1) « *legis Aquiliæ* », et, en adoptant la négative, il cite l'opinion de Pegasus. Pourquoi donc Ulpien invoque-t-il ici l'autorité de

(1) Et ideo quærimus, si furiosus damnum dederit, an legis Aquiliæ actio sit ? Et Pegasus negavit ; quæ enim in ea culpa sit, quum sine mentis non sit ? Et hoc est verissimum... Sed et si infans damnum dederit, idem erit dicendum.

Cette question était encore controversée sous Vespasien, puisque ce jurisconsulte Pégasus fut préteur sous son règne.

Pegasus. N'est-ce pas une idée essentielle, indiscutable que le furiosus ne peut pas être déclaré coupable, responsable. Cela avait-il été contesté ? Oui, de même que quand un animal causait un préjudice, on donnait une action noxale, de même, dans les idées anciennes, le délit n'était pas attaché à la faute de l'agent mais au fait dommageable lui-même. *Pegasus negavit*, cela marque un progrès de la législation ; la victime du dommage ne peut pas avoir plus de recours que si une tuile lui était tombée sur la tête. Il faut en dire autant si c'est un « *infans* » qui a commis un acte illicite. Ulpien décide qu'il doit en être ainsi si l'impubère n'est pas « *doli et injuriæ capax* ». Mais c'est là le résultat d'une évolution, d'un progrès dans la marche du droit : on en trouve la preuve dans ce passage du Digeste que nous venons de citer et dans deux textes, deux fragments de la loi des 12 Tables (1). L'un cité par Aulu-Gelle, l'autre par Pliny — qui tous deux, sans faire de distinction parmi les impubères, déclarent que, s'ils volent ou abîment les moissons, ils seront frappés de verge, et donnés en noxe.

Ces deux textes, ces deux fragments de la loi des 12 Tables qui proclament la responsabilité des impubères, même de ceux non encore sortis de l'« *infantia* » portent en eux-mêmes la trace certaine de l'évolution (2) qui, en cette matière de responsabilité délictuelle pénale ou privée, s'est produite dans le droit romain. Déjà, à cette époque, on s'est aperçu de l'iniquité qu'il y avait à rendre responsable d'un acte une personne dont la raison n'est pas encore entièrement développée.

(1) Fragments rapportés dans les Textes de Droit Romain, de Monsieur Girard. — Loi des 12 Tables. Tables VIII. Nos 9 et 14.

(2) Jhering (De la faute en droit privé). « La loi des 12 tables punissait même le vol des mineurs. Elle leur appliquait, il est vrai, une peine moins forte qu'aux majeurs. Mais, à la différence du droit postérieur, elle ne se préoccupait nullement de leur maturité d'esprit individuelle ni de leur degré de responsabilité. »

En effet, notre texte de Pline (Natural. histo. XVIII, 3), admet l'influence de l'âge sur la pénalité puisque c'est la peine de mort qui frappe ceux qui, de nuit et furtivement, vont égrener et couper le blé dans le champ d'autrui, *s'ils sont pubères*, tandis que *les impubères*, eux, sont simplement battus de verges. C'est là une application de cette idée que l'âge peut être une cause sinon d'impunité, du moins de moindre responsabilité.

D'autre part, l'impubère doit réparation du mal qu'il a causé ; à cet autre point de vue, la loi des 12 tables ne fait encore aucune distinction entre les impubères « *infantes* » ou « *non infantes* » et les soumet indistinctement au même principe : un tort a été causé, son auteur doit le réparer. Aulu-Gelle (XI, 18, 8) déclare que l'impubère devra réparer le dommage (*noxiam sarcire*), ce qui est l'application du droit commun aux impubères : ici donc le sentiment de l'irresponsabilité de l'« *infans* » ne se manifeste pas encore : en cette matière de délits privés, l'assimilation de l'impubère au pubère ne fait pas montre de son iniquité avec autant de force que lorsqu'il s'agit de l'application de pénalités corporelles, de l'application des lois pénales pures. Et cette injustice est d'autant moins sentie que, comme nous le verrons plus loin, l'« *infans* » a le plus souvent agissant ainsi engagé la responsabilité civile d'un tiers, que ce n'est pas lui personnellement et individuellement qui est chargé de cette réparation.

Voilà donc sur cette question de la responsabilité délictuelle, quelle qu'en soit la nature, des textes qui affirment l'assimilation presque complète du mineur à l'individu pubère. Mais cet état du droit ne s'est pas et ne devait pas se maintenir : nous croyons que la notion de la responsabilité, de l'imputabilité morale s'est développée assez rapidement et en premier lieu dans l'application des lois pénales. Quoiqu'en cette matière,

les textes de droit romain relatifs à l'âge des délinquants soient peu nombreux, quoique l'on ne trouve aucune règle précise et générale, mais seulement quelques espèces particulières, résolues isolément et comme fortuitement, des textes existent qui établissent irréfutablement l'évolution que nous avons signalée.

Ainsi la loi *Cornelia de Sicariis*, rendue sous Scylla en l'an 672, de Rome ne s'applique pas à l'« *infans* » (au Dig. 48. 8. frag. 12) : « *Infans vel furiosus si hominem occiderint lege Cornelia non tenentur, cum alterum innocentia consilii tenetur* » ; et cela parce que l'infans est considéré comme innocent par le seul fait de son âge. La même doctrine résulte également d'un rescrit des empereurs Sévère et Caracalla qui d'ailleurs posent la question d'une manière plus générale. Suivant ce rescrit, l'âge n'excuse pas le mineur, mais les empereurs ajoutent aussitôt cette restriction que si le délit n'est pas intentionnel on peut venir au secours du mineur : « *Si delictum non ex animo, sed extra veniat.* » (Au code, si adversus delictum, liv. 44, tit. XXXV.) Dans le même sens, on peut lire : Ulpien : Dig. loi 9, 3 De minoribus. Paul, au Dig. Loi 108 ; de regulis juris — Claudius Saturninus au Dig. Loi 16, de pœnis. De tous ces textes, il résulte que le magistrat doit rechercher si l'auteur du délit a agi en connaissance de cause, en pleine conscience de son acte, ce que ne saurait faire un « *infans* ».

La conséquence est donc que, si le mineur n'est pas excusable par cela seul qu'il est mineur, le juge doit tenir compte de l'âge de l'accusé et s'il s'agit d'un « *infans* », c'est-à-dire d'un être non encore raisonnable, cette seule constatation obligera le magistrat à reconnaître sa non-imputabilité.

C'est ainsi que nous arrivons à soustraire aux conséquences de ses actes celui qui n'en comprend pas la portée ; qu'il

s'agisse du véritable droit pénal ou des actions privées pour la poursuite des obligations résultant des délits de droit civil ou de droit prétorien, nous voyons que la marche du droit a été identique. La législation romaine a évolué dans le sens de la non imputabilité de l'individu, non conscient de la portée de ses actes, dans le sens de la non-imputabilité de l'impubère « non doli et injuriæ capax », et particulièrement de l'« *infans* ».

Reste à expliquer cette évolution, à en déterminer la cause.

Le peuple romain, à l'origine de sa civilisation, ne s'était pas fait du délit l'idée que s'en firent les jurisconsultes classiques et que nous nous en faisons aujourd'hui. A cette époque reculée un délit n'apparaît pas comme une atteinte à l'intérêt social, à la paix publique, mais comme un mal privé qui appelle la vengeance de l'offensé ; l'idée de justice n'apparaît pas encore nettement dégagée de l'intérêt privé. C'était le temps où la vindicte privée était l'unique sanction des faits dommageables ; l'individu victime de ces actes était instinctivement porté à tirer vengeance aussi bien du mal qui lui était fait volontairement que de celui qu'on lui avait causé involontairement. Et la vengeance ne connaît que l'effet produit, sans en rechercher la cause : tout mal éprouvé appelait des représailles, quel que fût l'auteur du mal et non seulement contre lui, mais aussi contre le groupe dont cet auteur faisait partie. L'« *Injuria* » était appréciée objectivement sans aucune appréciation subjective de culpabilité, d'imputabilité (1).

Et si le délit est apprécié objectivement, si le lésé cherche à en tirer vengeance, c'est moins une vengeance indivi-

(1) Hernig. De la faute en droit privé, p. 10 et 55.

duelle, dirigée par un individu contre un autre, qu'une vengeance collective, dirigée par un groupe, une famille, une collectivité, contre le groupe, la famille, la collectivité dont fait partie l'auteur du délit. C'est, dès lors, la lutte entre deux groupes, si l'auteur du fait dommageable n'est pas livré à la vengeance de sa victime. L'impubère qui fait paître nuitamment son troupeau sur le champ ensemencé d'autrui, agit dans l'intérêt de son groupe contre l'intérêt d'un autre groupe souvent rival, la vengeance qui le poursuit, s'attaque autant à son groupe qu'à lui-même, les membres d'une même famille étant solidaires les uns des autres. En un mot, l'individualisme n'existe pas et si l'on se venge sur l'individu, c'est qu'il représente la collectivité. A cette époque reculée, l'intérêt social, le but que cherche à réaliser l'État romain, c'est la défense commune contre les ennemis du dehors, réalisée par le groupement, la confédération des familles, et cela uniquement. Les délits d'individu à individu tombent sous le coup de la juridiction du chef de famille, s'ils font partie du même groupe. Sinon, ils deviennent la source de représailles collectives, en attendant que l'État devienne assez fort pour faire respecter une loi de sûreté et de tranquillité publique.

Il arriva un moment où l'on s'aperçut que l'exercice de la vengeance privée devenait incompatible avec l'organisation de la cité : en face d'un adversaire puissant, d'ailleurs, l'injustice pouvait demeurer impunie et en outre il y avait là une source fertile de haines entre les familles qui pouvait devenir une cause d'affaiblissement pour la cité. Les mœurs s'adoucissent, l'intérêt bien compris n'est guère satisfait par l'accomplissement de la vengeance et l'offensé peut se contenter d'une composition pécuniaire offerte par l'offenseur. Dès lors, la brutalité cède le pas à la réflexion, à la discus-

sion ; le législateur intervient, impose la transaction, en fixe le prix, distingue les faits dangereux pour l'ordre public de ceux qui ne s'attaquent qu'à l'intérêt privé et en remet l'appréciation et la répression à des juges qui n'auront pas la passion de l'offensé, mais la raison du droit. Aussi, dès ce moment, doit-on tenir compte des circonstances du fait et principalement de l'élément intentionnel du délit. Petit à petit l'évolution se dessine, devient complète en donnant naissance à la théorie classique de la responsabilité morale.

D'un autre côté, le groupe, la famille perdent de leur homogénéité : les individus qui composent la plèbe augmentent de jour en jour ; contre leur sang et leurs services, ils arrachent aux patriciens le partage de leurs droits civils et politiques. La plèbe triomphe et son triomphe est celui de l'individualisme.

Le droit pénal, sauvegarde de la paix publique, s'est peu à peu dégagé : l'idée de la responsabilité de la personne est acceptée par tous les jurisconsultes qui n'admettent plus que les délits puissent être réprimés sans tenir compte de l'élément intentionnel.

Pour les impubères, cette idée nouvelle que sans culpabilité il n'y a pas de peine applicable, conduit à cette décision que la responsabilité n'existe qu'avec l'intelligence des actes commis, lorsque l'individu a la raison suffisamment développée pour saisir la portée de son action. L'« *infans* », le « *proximus infantiæ* » sont réputés « *non doli et injuriæ capax.* »

Là encore il y avait intérêt à déterminer le moment où le pupille devait être considéré comme « *pubertati proximus* ». Les Romains l'avaient-ils fait ? Non, sur ce point, la précision ne fut pas établie ; la question demeure une question de fait, absolument comme aujourd'hui est demeurée de fait la question de savoir si un mineur a agi ou non avec discernement.

Mais pourquoi cette distinction entre les actes licites et les actes illicites ? Pourquoi ne fixe-t-on pas pour ces derniers, comme on le fit un jour pour les premiers, un âge où le pupille aurait été regardé comme responsable ? Parce que pour les actes licites la fixation de l'âge est sage ; elle est nécessaire. D'abord quand on traite avec un individu, il est bon qu'on sache s'il est capable, sans avoir besoin de se livrer à des recherches de faits : il faut un âge fixe ; ensuite les conséquences d'un acte licite ne portent que sur le patrimoine de son auteur.

Au contraire le même intérêt n'existe pas pour les actes illicites : ce ne sont pas là des contrats, d'une part et de l'autre les conséquences de cet acte, outre ses effets juridiques sur le patrimoine, a, si ce caractère d'illégalité, d'infraction à la paix publique lui est reconnu, de graves conséquences sociales pour son auteur. Son honneur, sa vie sont en jeu et on conçoit aisément qu'il soit urgent d'apprécier pour chaque hypothèse qui se présente le fait d'après les circonstances. Une règle absolue serait trop arbitraire : il est juste de la repousser.

CONCLUSION

L'étude de ces deux périodes de l'« *infantia* » nous a permis d'apercevoir nettement toute l'originalité du droit romain, c'est-à-dire ce travail lent, progressif, logique d'une législation en marche vers le progrès et une meilleure justice sous l'influence directe ou indirecte des jurisconsultes. Les faits eux seuls, les besoins du peuple font peu à peu, sans secousse et sans réaction brusque, fléchir les vieux principes ; c'est ainsi que l'« *infans conceptus* » conquiert peu à peu une capacité de droit qui, d'ailleurs, ne lui a jamais été bien vivement disputée. L'« *infans jam natus* », primitivement protégé par l'organisation de la propriété, de la famille et de la cité, finit par être dans une condition juridique que les changements sociaux rendent précaire et dangereuse pour ses intérêts. L'exercice de sa capacité de droit est entravé par des principes aux conséquences desquels il échappait autrefois. C'est alors que se fait sentir le besoin urgent de restreindre les inconvénients de ces principes, par des expédients juridiques qui, progressivement, deviennent des règles. Le principe de son incapacité absolue subit des atteintes, puis celui plus général de la non-représentation perd de sa rigueur. La jurisprudence, le Préteur, dans leur conception plus large et

plus exacte des besoins de la pratique, font profiter des progrès qu'ils réalisent la condition juridique de l'« *infans* ». Il arrive enfin un jour où, après douze siècles d'œuvre lente, le droit romain a enfanté un système dont les bases sont celles que nous possédons encore aujourd'hui en matière de tutelle, l'incapacité absolue de l'« *infans* », le principe de la représentation du pupille par son tuteur

POSITIONS

POSITIONS PRISES DANS LA THÈSE

DROIT ROMAIN

1. — La loi 3 au Code VII, 32, doit être interprétée à l'aide du frag. 32, par. 2, liv. 41, tit. 2 du Digeste.

2. — La règle générale qui fixe à 7 ans la fin de l'infantia a été admise législativement entre l'année 407 et l'année 428.

3. — La traduction faite par Cujas du frag. 65, par. 3, liv. 36, tit. 1^{er} au Dig. est inexacte.

4. — Non seulement le tuteur, dans le dernier état du droit, peut *acquérir* directement la possession au nom et pour le compte de son pupille, mais encore, lorsqu'il agit dans son intérêt, il peut la lui faire *perdre*.

EN DEHORS DE LA THÈSE

1. — L'exceptio legis Plætoriae a été accordée au mineur de 25 ans postérieurement à la loi Plætoria.

2. — Très anciennement les tuteurs et curateurs légitimes étaient propriétaires des biens des incapables.

3. — L'affranchissement est non une espèce d'aliénation, mais une destruction volontaire de valeur, malgré les conclusions que l'on serait tenté de tirer du frag. 9, par. 1^{er} du titre 8, liv. 26 du Digeste.

4. — La théorie du consensus curatoris n'a jamais été appliquée aux actes du prodigue.

TABLE

	Pages
INTRODUCTION	III

PREMIÈRE PARTIE

CHAPITRE PREMIER

De la conception.. . . . ,	V
------------------------------------	---

CHAPITRE II

Personnalité de l'infans conceptus.	XVI
SECTION I. — Du droit de succession ab intestat, successive- ment reconnu à l'infans conceptus, etc.	XVIII
SECTION II. — Du droit de recueillir par testament . . .	XXIII

CHAPITRE III

De l'exercice de la capacité de droit reconnue à l'infans conceptus	XXXI
---	------

DEUXIÈME PARTIE

CHAPITRE I

De l'infans jam natus — Limites de l'infantia	XXXVIII
---	---------

CHAPITRE II

De la condition juridique de l'infans.	XLIII
SECTION I. — Actes licites.	XLVI
SECTION II. — Actes illicites.	LXI
CONCLUSION	LXIX

THÈSE DE DROIT FRANÇAIS

THÉORIE GÉNÉRALE DE L'ERREUR ET DU DOL

VICES DU CONSENTEMENT

DANS LES DIVERS ACTES JURIDIQUES

INTRODUCTION

DE L'ERREUR ET DU DOL

Considérations générales

Parmi les actes juridiques, ceux qui exigent pour leur existence la présence de l'élément volontaire sont l'objet de dispositions légales, qui déterminent à quelles conditions cet élément existe, à quelles conditions il est valable.

Quand il existe, le plus souvent l'acte juridique auquel il a donné naissance est définitivement, valablement formé. Mais il peut arriver que des circonstances indépendantes de la volonté de celui ou de ceux qui ont fourni à cet acte l'élément volontaire dont il avait besoin, permettent d'en demander la nullité, la suppression ; et, il en est ainsi particulièrement dans le cas où, par suite d'une erreur, d'un Dol, l'auteur ou l'un des auteurs de l'acte juridique n'ont fourni qu'un consentement vicié, imparfait. C'est l'hypothèse prévue ou plutôt l'une des hypothèses prévues par l'A. 1109 du Code civil.

Le but de ce travail est de chercher à construire, par l'étude des espèces prévues et réglementées par le législateur

de 1804, une théorie générale des effets juridiques de l'erreur sur la validité des actes volontaires. Nous voulons établir un système qui permette de relier entre eux par une idée maîtresse tous les cas où la nullité relative naîtra de l'erreur et du Dol.

DE L'ERREUR. — SON INFLUENCE SUR LA VOLONTÉ

Du Principe rationnel. — Quel parti le législateur en a tiré ? Distinction dans l'application de ce principe. — De l'erreur proprement dite. — Du Dol.

L'erreur est un état de l'esprit qui, tout à la fois, ignore la vérité et croit être dans la vérité.

On comprend donc qu'elle puisse agir sur la volonté ; en quel sens ? celle-ci sera-t-elle supprimée, en sera-t-elle seulement affaiblie ? quelles conséquences doit-on rationnellement tirer de ce fait qu'un individu a agi sous le coup d'une erreur ?

Tout le monde est d'accord pour dire que si l'erreur peut affaiblir la volonté, elle ne peut pas l'anéantir. En effet, la liberté qui existe toujours laisse à l'individu le moyen d'agir en tel ou tel sens ; le motif erroné qui décide sa volonté ne le force pas à vouloir ; qu'il soit déterminé par un motif faux ou exact, il n'en a pas moins voulu et librement voulu.

Mais il peut se faire parfois qu'il y ait absence totale de conformité entre la volonté intime et la volonté déclarée, entre l'acte voulu et l'acte produit par l'individu. Alors, ici, l'erreur qui est cause de ce défaut d'identité a détourné la

volonté de son but, et ce qui a été fait n'est qu'un fait matériel, un fait *involontaire*.

En effet, si l'on se met à la place de celui qui a agi, qui a commis l'erreur, il est clair qu'il a agi sous le coup d'une volonté, mais non de telle volonté déterminée, individualisée ; si l'on se place au point de vue de l'acte matériellement produit, on s'aperçoit qu'il n'a pas été l'objectif de la volonté. En un mot, tout ce qui a amené le résultat a été voulu, le résultat seul ne l'a pas été.

C'est cette idée que les auteurs résument en disant, mais en termes trop absolus, que parfois l'erreur supprime la volonté.

Veut-on un exemple ? Une personne est appelée à recueillir deux hérédités, elle veut accepter l'hérédité de Pierre et signe l'acceptation de celle de Paul. L'acceptation de l'hérédité de Paul est le résultat d'une erreur qui la prive de tout élément volontaire ; l'erreur a exclu la volonté d'accepter l'hérédité de Paul, mais non toute volonté. L'acte voulu, c'était l'acceptation de l'hérédité de Pierre, et l'acte produit l'acceptation de Paul ; il n'y a pas conformité entre les deux actes, deux actes juridiques n'étant identiques que s'ils ont la même nature et le même objet ; or ici ils ont bien la même nature, mais non le même objet.

En dehors de cette hypothèse, si l'on consulte la réalité des choses, aucune autre erreur ne supprime non-seulement la volonté (c'est établi), mais telle volonté déterminée, individualisée. Commettez une erreur la plus énorme, prenez pour une statue en or une statue en plâtre doré et achetez-la parce que vous la croyez en or. L'erreur, ici, a été la cause de votre volonté, mais votre volonté d'acheter n'en existe pas moins ; vous avez voulu acheter et vous l'avez fait, voilà la nature de l'acte juridique voulu et produit. Son objet ? c'est la statue à la fois dans l'acte voulu et l'acte produit. L'erreur commise n'a pas supprimé cette volonté déter-

minée et individualisée par la nature et l'objet de l'acte, but de votre volonté.

Mais si cette volonté existe, elle n'est qu'un élément imparfait, faible, fragile de cet acte juridique qui ne peut évidemment, en raison, avoir la même force, la même valeur que s'il avait été vivifié par une volonté parfaite.

La volonté est, ici, certainement viciée ; d'où cette règle : chaque fois que l'erreur *est la cause déterminante* de la volonté, elle vicie cette volonté (1).

Voilà le principe rationnel auquel on est forcément amené par cette rapide analyse des effets de l'erreur sur les déterminations de la volonté ; c'en est une conséquence logique et certaine.

Reste à savoir si ce principe a été admis par le Code civil. L'a-t-il été ? les dispositions de la loi seront justifiées par la raison pure. A-t-il été repoussé, dénaturé, limité ? nous aurons à établir quels sont les effets juridiques de l'erreur sur les déterminations de la volonté.

Tout d'abord quelle est, dans le cas où l'erreur est incompatible avec l'existence de telle volonté déterminée, la solution légale ? La donnée rationnelle est, ici, sanctionnée par le Code ; chaque fois que l'erreur porte sur la nature ou l'objet de l'acte juridique, elle est telle qu'elle empêche la volonté de faire sortir l'acte du néant. C'est là un point non contesté et admis par tous ; inutile d'insister. Mais il y a un cas dans lequel l'erreur paraît être la cause de l'inexistence d'un acte juridique, c'est celui où elle porte sur l'existence de la cause, du motif juridique de cet acte. — Est-ce bien l'erreur qui produit ce résultat ?

Non ; en effet, la volonté de faire cette acte juridique à

(1) Et la cause déterminante de la volonté, c'est celle en l'absence de laquelle la volonté n'aurait pas existé.

bien existé, elle peut bien être viciée par cette erreur, mais elle a été néanmoins suffisante pour vivifier l'acte, et s'il est inexistant, malgré cela, c'est que la cause est un élément essentiel à la validité des actes juridiques,

En un mot, l'inexistence de l'acte n'est pas la conséquence de l'erreur, mais celle de l'inexistence de la cause. Et cette remarque est juste, car, dans une législation où la déclaration de volonté serait suffisante à elle seule pour créer par exemple l'obligation de celui qui veut, sans autre cause que cette volonté *seule*, l'erreur sur l'inexistence de la cause ne saurait être une cause d'inexistence de l'acte juridique voulu, mais seulement, si elle a déterminé la volonté, un simple vice de cette volonté.

Voilà donc une des conséquences de l'erreur sur la volonté admise par la loi ; c'est net et clair ; hors de notre sujet, passons. Mais dès que nous abordons les vices de la volonté, la théorie légale de l'erreur devient plus difficile à dégager de textes peu nombreux et disséminés dont le contenu ne fait pas apercevoir le lien qui doit les unir.

Avant de rechercher les dispositions principales émises par la loi sur notre matière, peut-être ne sera-t-il pas inutile de distinguer immédiatement deux sortes d'actes juridiques volontaires — ceux qui ont le caractère de conventions, exigent le concours de deux volontés distinctes quant à leur origine, le consentement enfin — et ceux qui n'ont pas le caractère de convention, qu'une seule volonté suffit à faire naître.

Les premiers peuvent être appelés « bilatéraux », les seconds « unilatéraux », et ces expressions doivent être entendues, non pas dans le sens où on les prend d'ordinaire en se mettant au point de vue des obligations auxquelles ils peuvent donner immédiatement naissance, mais au point de

vue de l'élément volontaire qu'ils contiennent et qui est soit double, soit unique. C'est donc à leur origine dans la volonté qu'il faut remonter pour en saisir le véritable sens.

Mais si cette distinction est exacte, quelle utilité peut-elle avoir ? Rationnellement aucune, car il est bien clair qu'un acte juridique sera affecté du même mal, qu'il soit unilatéral ou bilatéral, dès que l'élément volontaire simple ou double sera vicié ; les mêmes conséquences logiques devront en résulter. — Au contraire, aussitôt que l'on se trouve en face du droit positif, immédiatement l'on s'aperçoit de l'intérêt de cette distinction. En effet tout d'abord les *actes bilatéraux*, les conventions sont l'objet d'un ensemble de *réglementations* précises, de dispositions importantes et telles que la doctrine reconnaît aux principes posés au titre des contrats une portée très étendue qui permet de les appliquer à tous les actes volontaires d'où ils ne sont repoussés par aucun texte ou principes spéciaux. Et puis, dans l'application des règles générales sur l'erreur aux actes bilatéraux, des questions se posent qui ne peuvent exister lorsqu'il s'agit de l'autre catégorie d'actes. Enfin, les effets du Dol sont, suivant nous, régis différemment suivant que l'on examine un acte créé par une volonté double ou par une seule volonté ; peut-être pourrions-nous même établir que, dans cette hypothèse spéciale d'erreur, le véritable principe légal d'accord avec le rationnel reçoit son application pure et simple, radicale — *seulement quand il s'agit d'actes unilatéraux*.

Revenons, après cette digression nécessaire, à l'étude des vices de la volonté ; recherchons les effets juridiques de l'erreur sur la volonté. Répondent-ils, oui ou non, à l'idée théorique, abstraite que nous nous en sommes faite tout à l'heure ?

L'A. 1109 paraît répondre affirmativement :

« Il n'y a point de consentement *valable* si le consentement n'a été donné que par erreur... », car il reconnaît ainsi la vérité des déductions que nous avons émises ; mais l'A. 1110, lui, refuse de les sanctionner, du moins dans toute leur teneur.

En effet, il dispose : « L'erreur n'est une cause de nullité de la convention que lorsqu'elle tombe sur la substance même de la chose qui en est l'objet.

« Elle n'est point une cause de nullité, lorsqu'elle ne tombe que sur la personne avec laquelle on a intention de contracter, à moins que la considération de cette personne ne soit la cause principale de la convention. »

Pourquoi cette décision ? Quels motifs ont poussé le législateur à se montrer aussi peu rigoureux dans l'application du principe rationnel ?

Pourquoi une limitation qui paraît aussi étroite ? La réponse exige un développement et une précision qu'il faut essayer de rendre satisfaisants.

La valeur d'un principe, d'un principe juridique surtout, n'a pas de meilleure mesure que la valeur même des conséquences pratiques qui doivent en découler : examinons donc, avec soin, à quoi nous aurait conduit la proposition que toute erreur est un vice de la volonté et peut entraîner l'annulation, à cette seule *condition nécessaire* mais *suffisante* qu'elle en est la *cause déterminante*.

Un point certain, qui ne demande aucune démonstration, un axiome en un mot, c'est bien que l'erreur est le lot des humains ; il est à craindre que l'*Errare humanum est* soit éternellement vrai, éternellement juste. Et dès lors est-il possible d'accorder à tout individu dont l'esprit sera tombé dans une erreur qui aura déterminé sa volonté, une action en annulation des effets juridiques qu'elle aura créés ?

L'on aperçoit immédiatement le résultat d'une telle disposition. Que serait devenue la stabilité des rapports juridiques, des états de droits ? que de craintes auraient surgi d'un tel régime, chassant la confiance dans les relations entre les individus, supprimant toute sécurité, créant ou facilitant les audaces des gens de mauvaise foi ! Ne le voit-on pas, le danger est grave et sa réalisation conduit tout droit à l'encontre même du but que se propose toute loi civile, du moins en général : faciliter la conclusion des actes juridiques.

Et ce n'est pas tout, comment discerner avec certitude, si l'erreur alléguée a véritablement existé, si elle a été la cause déterminante de la volonté ?

Quel énorme arbitraire aux mains du juge chargé de trancher de tels litiges ? Aura-t-il le moyen de savoir avec certitude ce qui s'est passé dans l'âme de l'individu qui lui réclame justice ? Nous ne le croyons pas, car on le chargera de se prononcer sur un fait intérieur, sur une pensée secrète dont un seul homme peut être certain, celui dont elle a obscurci le cerveau. Quelle source d'erreurs, quelle toute-puissance accordée au juge, imprévue dans ses effets, mal dirigée, mal employée souvent, venant encore s'ajouter au premier danger que nous avons relevé.

Est-il difficile de comprendre maintenant que le législateur se soit refusé à sanctionner purement et simplement les données de la raison et qu'il ait limité, et étroitement, le principe théorique ?

De plus, n'y avait-il pas à faire intervenir le principe de la responsabilité individuelle ? N'est-ce pas à celui qui a commis une erreur d'en supporter les lourdes conséquences ? Pourquoi les rejeter sur d'autres ? Sans doute l'on aurait pu, tout en annulant la volonté et ses conséquences juridiques, faire

retomber sur l'auteur de l'erreur la responsabilité des préjudices que cette annulation pourrait engendrer. Mais quelle source de procès, quelles difficultés nouvelles !

Toutes ces considérations ont décidé le législateur à édicter l'A. 1110 ; nous pouvons encore en ajouter une qui nous paraît décisive ; voici :

Supposons une erreur qui soit le résultat de machinations, de manœuvres frauduleuses pratiquées par un tiers, un Dol en un mot, qui soit la cause d'une erreur déterminante de la volonté ; immédiatement tous les motifs que nous venons de développer et qui ont fait écarter l'adoption intégrale du principe rationnel, disparaissent complètement.

En effet, l'annulation de toute volonté viciée par cette espèce d'erreur n'est plus de nature à entraver la conclusion des actes juridiques ; elle est, au contraire, le plus sûr moyen de réprimer et de réprimer victorieusement des procédés de traiter ou de faire traiter une affaire, aussi déloyaux, aussi dangereux que ceux qui constituent le Dol. En matière de conventions, c'est, le plus souvent, l'un des contractants qui use de Dol envers l'autre ; la suppression de cet acte juridique vicié, n'est-elle pas ce qu'il y a de plus énergique et de plus sûr pour détourner de cette manière d'agir des individus de mauvaise foi, que leur intérêt, à défaut de conscience, saura ramener à la stricte observation d'une loyauté, dont ils s'affranchiraient volontiers. L'honnête homme ne craindra pas d'augmenter ses relations juridiques, sûr qu'il sera de trouver dans la loi aide et protection.

Dans cette hypothèse spéciale d'erreur, l'arbitraire du juge sera moins à craindre, car elle sera plus tangible, apparaîtra plus clairement à ses yeux, matérialisée qu'elle sera, pour ainsi dire, par les manœuvres de l'auteur du Dol.

Enfin, le principe de la responsabilité individuelle com-

mande ici de décharger des conséquences de l'erreur celui qui l'a commise et auquel elle n'est plus imputable.

N'est-il pas, dès lors, évident qu'ici les effets rationnels de l'erreur sur la volonté demandent à être admis dans toute leur intégralité, puisqu'il n'apparaissent plus contraires aux nécessités pratiques, quitte à les limiter de nouveau lorsque celles-ci viendront à s'imposer? Aussi le principe rationnel a-t-il été, en matière de Dol, consacré législativement, comme nous le verrons dans la deuxième partie de ce travail.

Le législateur de 1804 a donc été amené à n'admettre qu'avec prudence et circonspection un principe dont les effets pouvaient être aussi dangereux et parfois aussi contraires à l'équité.

Voilà la raison d'être de notre principe rationnel nettement établie et définie. Pourquoi maintenant, dans l'intérieur de cette limitation, l'admission des conséquences logiques et théoriques de ce même principe? Comment à ce nouveau point de vue justifier les termes mêmes de l'A. 1110?

L'idée maîtresse qui explique la tolérance du Code civil, c'est à coup sûr l'influence philosophique que les effets de l'erreur sur la volonté ont exercée sur ses rédacteurs. Dans les cas prévus par l'A. 1110, l'erreur est tellement grave, tellement forte, elle a tant d'influence dans la délibération interne qui détermine la volonté, qu'il a paru difficile d'en écarter les conséquences logiques. Remarquez d'ailleurs la prudence avec laquelle l'action en nullité est accordée, les termes équivoques ou mal rédigés que le législateur a l'air d'employer à dessein; *erreur sur la substance* et puis l'erreur sur la personne comme devant être en droit une cause exceptionnelle de la nullité. On dirait que la loi a peur de sa propre hardiesse, elle craint l'extension imprévue, que l'on pourrait tirer de l'expression de sa pensée et pourtant la logique est

si forte qu'elle arrive au même résultat que si elle avait dit :
« l'erreur sur les qualités de la chose, l'erreur sur la personne ».

Nous aurons donc dans la détermination de la portée exacte de l'A. 1110 la même prudence que le rédacteur lui-même ; et cela en admettant difficilement toute extension, facilement au contraire toute restriction.

En outre, l'étude des règles émises par cet important article nous amènera à constater, malgré leur apparente généralité, le peu de fréquence relative de leur application, la diminution de la crainte de l'arbitraire judiciaire, l'intervention salutaire de l'A. 1382 du Code civil, toutes choses qui viendront nécessairement pallier les inconvénients graves, pratiquement, du principe rationnel.

PREMIÈRE PARTIE

DE L'ERREUR

Théorie générale et application

La lecture du second alinéa de l'A. 1110 fait immédiatement apercevoir une condition nécessaire à la naissance de l'action en nullité ; l'erreur doit être la cause principale de la convention, elle doit en avoir été la cause déterminante, celle sans laquelle la volonté de contracter n'aurait pas existé.

C'est là une condition qui est l'application même du principe rationnel, ou plutôt un fait constitutif de son existence ; la volonté ne peut être viciée que si elle est déterminée par l'erreur ; c'est certain. C'est certain, non seulement parce que c'est logique, mais encore parce que c'est légal. En effet, le législateur a suivi la théorie de ses guides habituels, Domat (1) et Pothier ; c'est bien ce principe qui a été reproduit par Bigot-Préamenen (2) : « Si l'erreur de fait est telle qu'il soit évident que celui qui a erré n'a consenti à la

(1) Domat, Lois civiles, Liv. I, titre 18, sect. I, n° VI, page 149.

(2) Bigot-Préamenen, Exposé des motifs, n° 10, Loqué, Tome VI, p. 150.

convention que pour avoir ignoré la vérité d'un fait, et de sorte que la convention se trouve n'avoir d'autre fondement qu'un fait contraire à cette vérité qui était inconnue, cette erreur suffira pour annuler la convention. »

Mais est-ce suffisant? Non, il faut de plus que l'erreur tombe soit sur la chose, soit sur la personne; ces deux hypothèses sont les seules dans lesquelles la loi veut sanctionner l'erreur, vice de la volonté. Il est urgent de prendre chaque situation et de les étudier dans l'esprit même qui a déterminé le législateur à les créer.

PREMIÈRE HYPOTHÈSE

L'ERREUR SUR LA SUBSTANCE

De l'article 1110, 1^{er} alinéa.

La première hypothèse que prévoit l'article 1110 C. civ., c'est celle où l'erreur tombe sur la chose, objet de l'acte juridique volontaire, mais il n'accorde pas immédiatement, et à cette seule condition, l'action en nullité; il faut, en outre, que l'erreur porte sur la substance de la chose; l'exercice de l'action en nullité, dans cette première situation, paraît et est effectivement enfermé dans d'étroites limites qu'il faut fixer plus clairement que ne le fait la loi elle-même.

Qu'entendre par substance de la chose? est-ce l'objet lui-même de l'acte juridique? Non, car l'erreur sur l'identité de l'objet annule radicalement la volonté, tandis que l'erreur sur la substance doit seulement la vicier, la rendre annulable. Pothier, dont il nous faudra souvent, en cette matière, invo-

quer l'autorité, sans préciser autant qu'on le fait aujourd'hui sur la distinction entre l'inexistence et la nullité d'un acte, disait :

« L'erreur annule la convention, non seulement lorsqu'elle tombe sur la chose même, mais encore lorsqu'elle tombe sur la qualité de la chose que les contractants ont eue principalement en vue et qui fait la substance de cette chose. »

Cette décision, le Code l'a maintenue et, dès à présent, il est évident, puisque les volontés sont d'accord sur la chose, que l'erreur sur la substance ne peut constituer qu'une erreur sur les qualités de la chose. Rien de tout cela n'est contesté. Mais il n'en est plus de même quand il s'agit de savoir si toute erreur sur les qualités peut annuler la volonté, faire naître la nullité. La question est délicate et résolue en sens divers, par les auteurs les plus autorisés.

M. Laurent, dans ses *Principes*, au tome 15, décide qu'en fait, toute erreur sur les qualités entraîne la nullité à condition que l'erreur ait porté sur une qualité principale, et est qualité principale celle que les parties ont eue en vue, celle sans laquelle elles n'auraient pas contracté. L'intention est donc ici toute puissante, elle fait que telle chose déterminée (et elle le fait à elle seule) a des qualités principales et des qualités accidentelles ; ce n'est donc pas à un point de vue absolu que le juge doit se placer pour savoir si telle qualité est substantielle ou non, mais à un point de vue essentiellement relatif ; il doit rechercher quelle a été l'intention de ceux qui ont voulu. Cette théorie, M. Laurent la tire du texte même de l'ouvrage de Pothier sur les obligations, et nous la croyons exacte.

La réfutation de la doctrine opposée, celle de MM. Aubry et et Rau (t. IV, p. 299, par. 343 bis) de Marcadé et de M. Colmet de Santerre (tome 5, p. 16, n° 61 bis) fortifie celle

du célèbre jurisconsulte belge que nous faisons nôtre : quelle est cette doctrine contraire ?

Il n'y a, croyons-nous, que deux manières de faire pour déterminer la substance d'une chose : ou bien il faut la considérer, abstraction faite de l'intention des parties, ou bien il faut en tenir compte ; c'est-à-dire que, dans le premier cas, on ne se met pas à la place de celui qui a voulu, on juge « *in abstracto* » et dans le second on accepte le point de vue de celui-ci, on juge « *in concreto* ».

Ne pas tenir compte de l'intention, c'est aller contre les principes mêmes émis par Pothier, c'est dire, avec MM. Aubry et Rau, que l'on doit entendre par substance de la chose « non seulement les éléments matériels qui la composent, mais encore les propriétés dont la réunion détermine sa nature spécifique et la distingue d'après les notions communes des choses de toute autre espèce », ou encore avec Marcadé : « La qualité substantielle est toute qualité qui, n'étant pas susceptible de plus ou de moins, fait passer l'objet dans telle espèce ou dans telle autre, selon que cette qualité existe ou n'existe pas. »

Ces définitions, outre ce qu'elles ont de contraire à la théorie de Pothier, n'ont d'autre résultat que de faire de l'erreur sur la substance une erreur sur l'identité de l'objet, une erreur *in corpore*, enlevant à l'acte juridique toute parcelle d'élément volontaire, en faisant un acte inexistant, alors qu'il s'agit de rechercher une erreur laissant naître la volonté dans l'acte lui-même, ne produisant qu'une nullité relative. C'est ainsi qu'il faut, par hypothèse même, supposer deux individus d'accord sur l'identité matérielle de la chose, d'une des choses objet de la convention : par exemple c'est bien le cheval Pyrrhus qui fait l'objet de la vente. La définition des auteurs cités tout-à-l'heure, si elle est appliquée ici, aura

pour conséquence que ce ne sera plus ce cheval qui aura fait l'objet de la vente, mais un autre cheval, et on sort de l'hypothèse posée. La définition est donc défectueuse.

Que reste-t-il donc, si ce n'est la nécessité de décider que l'erreur sur une qualité substantielle ne doit pas s'attaquer à la chose, de telle sorte que les parties ou l'une d'elles puisse dire : ce n'est pas ce cheval qui a été l'objet de la convention. Et dès lors il faut dire que l'on doit se placer au point de vue qui a guidé la partie trompée et considérer la nature de la chose « *in concreto* ». Or, si on se place à ce point de vue, il est clair qu'une absence de qualité dont la supposition a déterminé la volonté, a pour conséquence que la chose n'a pas la nature qui lui était supposée — c'est une chose autre qui, dans l'intention de cette partie, était le motif de sa détermination — si l'erreur fait changer la chose d'espèce, ce ne peut être qu'intentionnellement. Et comme les motifs de détermination, relatifs à une chose, varient sûrement suivant les parties en présence ou suivant le temps à l'égard des mêmes individus, il est absolument nécessaire de dire que l'erreur est substantielle quand elle porte sur une qualité qui était la cause principale de la convention.

Nous ne croyons pas que, logiquement, on puisse admettre une opinion intermédiaire — des deux définitions l'une, celle de MM. Aubry et Rau, ne pouvant viser l'hypothèse de l'A. 1110, il faut accepter celle de M. Laurent, qui a pour elle l'autorité de la tradition et le mérite de la clarté.

Mais il faut chercher à échapper au reproche que ne peuvent manquer d'adresser à cette théorie ceux qui la combattent. Pourquoi donc, disent-ils, la loi, au lieu de cette expression peu usuelle, « la substance de la chose », n'a-t-elle pas simplement dit « les qualités de la chose » ? Elle a voulu dire plus que cela, c'est certain, et, en négligeant cette intention

manifeste, vous êtes, vous, dans l'erreur. Évidemment, répondons-nous, elle a voulu dire plus en employant le mot substance et ce qu'elle a voulu dire, c'est qu'il faut consulter l'intention, c'est qu'il faut rechercher l'influence que l'erreur, portant sur ces qualités, aura eue sur la détermination de la volonté. Et si elle a employé le mot substance, c'est pour forcer l'attention de l'interprète de la loi, c'est dans le but de marquer nettement ici son accord avec le principe rationnel qui exige comme condition même de l'existence du vice, que l'erreur, quoique portant sur les qualités, ait été la cause déterminante de la volonté, et non seulement ait entré *seulement* pour quelque chose dans cette détermination. C'est d'ailleurs la même idée qu'elle a exprimé plus clairement dans l'alinéa 2 de l'A. 1110, en exigeant que l'erreur sur la personne soit la cause principale (déterminante) de la convention.

La question de savoir si une qualité est, ou non, substantielle, présente donc une grande importance. C'est par définition même une question de fait à résoudre par le juge, en cas de contestation : c'est dire que la qualité substantielle est essentiellement relative. Un bijou peut être considéré par diverses personnes sous le rapport du travail, du métal précieux, de l'ouvrier qui l'a fait, du personnage célèbre auquel il a appartenu, de son antiquité et selon l'espèce, l'erreur portera sur la substance, selon qu'elle portera sur le travail, la matière première, l'ouvrier, etc...

La jurisprudence, fidèle à la doctrine de Pothier, que nous croyons être celle du Code civil, a rendu des décisions en ce sens (1). En voici une qui fait clairement apparaître les con-

(1) Grenoble, 27 mai 1831. D. oblig. n° 134.

Paris, 9 janv. 1849. D. 1849. 2. 67.

Amiens, 11 mai, 1854. D. 1854. 1. 147.

Cassation, 8 mai, 1858. S. 1859. 1. 238.

Cassation, 13 janv. 1864. D. 1864. 1. 162.

Paris, 1^{er} déc. 1877. Le journal le Droit, 8 déc. 1877.

séquences de l'opinion à laquelle nous nous sommes ralliés.

« Arrêt du 30 avril 1884 de la Cour d'Agen, rapporté dans Sirey, année 1887, p. 154, 1^{re} partie.

« Attendu qu'en achetant, le 14 mai dernier, à Thévenin de Rolland, un baromètre et un cartel dans le style Louis XVI, André croyait acheter des objets fabriqués à l'époque que leur forme indiquait ; que l'on ne comprendrait pas que, sans cette croyance, il eût pu donner de ces objets qui ont été produits aux débats et dont *d'ailleurs l'identité n'est pas contestable* le prix énorme de 32.000 francs..., qu'il ressort de tous faits du procès que l'ancienneté des objets était, « ainsi que le dit Pothier », la qualité qu'il avait principalement en vue et sans laquelle il n'aurait pas acheté, que *l'ancienneté* de la fabrication *était donc la substance* de la chose achetée et qu'une erreur sur la substance doit entraîner la nullité de la vente, etc... »

Ainsi, si nous décomposons cet arrêt de la Cour d'Agen, nous y trouvons facilement l'application de notre théorie, la nécessité d'une erreur qui a déterminé la volonté, qui a porté sur la chose et sur une qualité dont l'existence constituait *aux yeux de l'acheteur* l'individualité même de la chose, qui intellectuellement en faisait un autre être.

Voir encore: Paris 14 décembre 1882, dans Sirey. 1883. 2.69. Et Sirey. 1877. 2.325, avec la note citant diverses décisions.

Mais cette manière d'entendre l'alinéa 1^{er} de l'A. 1110 n'est-elle pas bien dangereuse ? N'allons-nous pas, avec une interprétation aussi large du terme *substance*, tomber dans

Paris, 14 déc. 1882. S. 83. 2. 69 et cassation 26 oct 1883. S. 87. 1. 153.

Sur cette question de l'erreur substantielle, voir un intérêt extrêmement pratique et à l'ordre du jour clairement exposé dans un article de M. Saint-Marc, publié par la « Revue d'Economie politique » de juin 1894, pages 583 et suivantes. Il s'agit de la durée de la garantie d'intérêts accordée par l'Etat, en 1883, aux Compagnies de chemins de fer, Paris à Orléans et du Midi.

les inconvénients que le législateur voulait éviter en refusant de sanctionner purement et simplement le principe de l'A. 1109. N'est-ce pas accorder à l'erreur une protection encore trop exagérée et priver par là de force et de sécurité les relations juridiques entre les hommes ?

Non, la jurisprudence, mieux placée que personne pour apercevoir les effets pratiques d'un système légal, en adoptant cette solution a prouvé par là qu'elle n'était pas dangereuse pour l'ordre public.

En fait, les tribunaux se sont assez rarement prononcés sur cette question de l'erreur substantielle, et cela se comprend aisément : un litige est si aléatoire, si incertain dans son issue que l'on ne peut raisonnablement s'y engager à la légère. Ce n'est qu'en connaissance de cause et des preuves plein les mains que l'on se risque à invoquer la nullité et, nous le savons, en cette matière, il est difficile de ramasser des faisceaux de preuves capables de déterminer la conviction du juge.

Et de plus supposons l'erreur bel et bien prouvée ou facile à prouver : il n'en faut pas moins tenir compte des deux restrictions suivantes : Premièrement, très souvent, elle est écartée par le juge comme n'étant pas franche, véritable, comme ayant constitué une fausse espérance plutôt qu'une erreur. Quand on achète un objet d'art parce que l'on croit reconnaître en lui la facture d'un peintre célèbre ou d'un sculpteur, il se peut que cette croyance ne soit pas une conviction, qu'elle soit, à elle seule, impuissante à déterminer la volonté — car ici l'erreur a été entrevue, il y a eu doute. — Pas de nullité possible, l'erreur a été pour quelque chose dans la détermination, mais elle n'en a pas été la cause principale, voilà bien l'utilité du mot *substance* de l'A. 1110.

En deuxième lieu, il peut arriver que la preuve de l'erreur fasse apparaître aux yeux du juge un mauvais calcul, une

spéculation blâmable, un acte indigne de la protection de la justice et de la loi et il devra appliquer l'adage bien connu :

« *Nemo auditur propriam turpitudinem allegans.* »

Par exemple, un individu qui croit vendre la chose d'autrui vend la sienne propre ; il a erré sur une qualité de la chose qui a pu être substantielle dans sa pensée et s'il l'a fait il ne pourra obtenir la nullité de cette vente.

Enfin et surtout la crainte de voir celui qui pourra souffrir des conséquences de la nullité lui demander des dommages et intérêts, ne poussera-t-elle pas la victime responsable de l'erreur à comparer les inconvénients et l'aléa d'un tel litige avec le maintien d'un acte dont souvent elle ne retirera ni grand profit, ni trop grande perte. Peut-être pensera-t-elle, alors, qu'il vaut mieux transiger et rien ne lui sera plus facile car tout dépend de sa volonté.

Une dernière considération qui ne manque pas d'importance ne peut être passée sous silence : car elle est de nature à limiter assez étroitement les cas de nullité pour cause d'erreur substantielle.

L'erreur sur la substance ne peut, en effet, tomber que sur un corps certain ; aussi l'alinéa 1 de l'A. 1440 ne peut-il s'appliquer, parmi les obligations de donner, qu'à celles qui sont immédiatement translatives de propriété.

Est à l'abri de cette erreur l'objet des obligations in genere.

De deux choses l'une, en effet, ou l'erreur porte sur l'espèce de l'objet de l'acte juridique et alors il y a une *error in corpore* qui rend l'acte inexistant, ou l'erreur n'a pas porté sur l'espèce. C'est bien sur l'espèce que, par exemple, deux volontés se sont accordées, mais tant qu'un objet n'a pas été livré, il est impossible de savoir si la qualité substantielle existe ou fait défaut : pour cela il faut attendre la livraison et jusque-là on ne peut demander la nullité mais seulement l'exécution de l'obligation.

Ainsi un agriculteur veut passer un marché pour se procurer du blé destiné aux semailles de mars. Si son fournisseur se trompe et croit s'engager à livrer du blé d'hiver — la vente sera inexistante parce que l'erreur porte sur l'espèce de la chose ; il n'est pas question d'erreur substantielle.

Mais si le fournisseur a bien compris le désir de l'agriculteur, dès lors, il y a accord de leurs deux volontés, il ne peut être question d'inexistence de la vente, mais ce n'est qu'à la livraison que l'on pourra de nouveau se tromper et au lieu de livrer du blé de mars, faire involontairement une livraison de blé d'hiver. Mais, si, alors, l'erreur porte sur un corps certain, il ne s'agit plus de la formation d'un contrat mais de son exécution, et cette exécution d'ailleurs ne sera pas valable, non parce qu'il y aura eu vice de la volonté, mais parce qu'elle n'aura pas été le paiement de la chose exactement due. L'erreur ici ne pourra avoir d'influence qu'autant qu'elle constituera le débiteur en état de bonne foi et qu'elle lui évitera ainsi les conséquences qui seraient résultées pour lui de son Dol. (A. 1151 Civ.)

Pour terminer sur ce point, disons enfin qu'il existe une certaine erreur qui, quoique pouvant porter sur une qualité substantielle de la chose, n'est pas de nature, suivant notre droit, à faire naître l'action en nullité. C'est l'erreur sur la valeur de la chose qui, économiquement, se traduit sur le patrimoine par une lésion ; or la lésion n'a pas, en principe, la puissance de faire rescinder un acte juridique. Exceptionnellement et à elle seule, sans le secours de l'erreur, elle peut avoir ce résultat, mais, en toute occurrence, l'erreur se trouve soit insuffisante, soit inutile.

La raison en est que le jeu naturel des relations juridiques entre les hommes, du moins de celles relatives au patrimoine (et il ne peut ici être question que de celles-là)

comporte une certaine inégalité, entre les contractants, un certain aléa qui tient à la faillibilité humaine elle-même. L'admission de la lésion, même tempérée par l'admission d'une erreur substantielle, aurait porté une funeste et fréquente atteinte à une stabilité des rapports de droit, qui présente au point de vue social un intérêt d'ordre public.

La conséquence logique et indiscutée de la théorie que nous avons admise sur la substance de la chose, rejette hors de l'application de l'A. 1110 toute erreur qui porterait sur les qualités accidentelles de la chose et, pas plus que celle-là, il n'est possible d'admettre, comme cas de nullité, une erreur sur les motifs, quelque déterminante qu'elle soit ; c'est contraire évidemment en cette dernière hypothèse au principe rationnel, mais c'est conforme, sans aucun doute, au texte et à l'esprit de l'A. 1110.

DEUXIÈME HYPOTHÈSE

DE L'ERREUR SUR LA PERSONNE

De l'article 1110, alinéa 2

« L'erreur n'est point une cause de nullité, lorsqu'elle ne tombe que sur la personne avec laquelle on a intention de contracter, à moins que la considération de cette personne ne soit la cause principale de la convention. » (A. 1110-2°.)

Remarque. — La seconde hypothèse, prévue par l'A. 1110, est donc celle où l'erreur tombe sur la personne *avec laquelle on a intention de contracter*. Avant d'en aborder l'étude, notons la différence qui existe ou paraît exister entre les deux situations créées par l'A. 1110. Lorsqu'il s'agit de rechercher l'étendue d'application de la partie du texte qui régit l'erreur

sur la substance de la chose, il n'existe aucun obstacle qui puisse en raison s'opposer à ce que tous les actes volontaires, même unilatéraux, soient soumis, sur ce point, aux mêmes règles que les conventions, dont le législateur fait, à cette place, spécialement l'étude. Nous savons, en effet, que la doctrine est d'accord pour décider que les règles posées au titre des contrats, ont, à l'égard des actes volontaires, une portée générale, et d'autre part la chose, objet de l'acte, existant qu'il s'agisse d'un acte latéral ou bilatéral, aucun obstacle n'apparaît,

Mais, au contraire, la limitation des cas, dans lesquels la nullité naîtra de l'erreur sur la personne, paraît immédiatement plus étroite à la simple lecture de l'A. 1110-2°. Les actes unilatéraux, étant, par définition même, ceux dans lesquels l'élément volontaire est unique, excluent toute idée de convention, toute possibilité de prêter à leur auteur l'intention de contracter et, dès lors, ils ne peuvent se voir appliquer l'A. 1110-2°. A première vue, la nature même de l'acte unilatéral s'oppose à ce qu'il soit régi par cet article. Nous verrons plus tard si nous devons maintenir cette différence · il suffisait actuellement d'en faire la remarque.

De l'erreur sur la personne

Cette erreur nous est présentée, par la rédaction même de la loi, comme étant plus exceptionnellement productive de la nullité que celle sur la substance de la chose, et il faut nous empresser de dire que c'est exact.

Mais il y a une faute dans l'expression de cette idée telle

qu'elle est faite dans l'A. 1110, en ce sens qu'il paraît, ainsi rédigé, faire porter l'exception sur ce point que l'erreur sur la personne doit avoir été la cause déterminante, principale, de la convention, pour entraîner la nullité, alors qu'il en serait autrement de l'erreur sur la substance ; or cela n'est pas et ne peut pas être. Il y a là une condition qui est l'application même, inéluctable, du principe rationnel.

Où donc est la différence entre les deux hypothèses ? C'est qu'en fait, la personne est moins souvent prise en considération que la substance de la chose, parce que les conventions, dans lesquelles, ordinairement, la considération de la personne est la cause principale, sont moins fréquentes, moins usitées que les autres, où l'*intuitus personæ* est le plus souvent indifférent.

Si la différence n'existe pas dans les termes où elle est présentée, elle n'en subsiste pas moins au fond.

L'on retrouve par conséquent le principe dominant en cette matière, reconnu et posé par Domat, accepté par Pothier, que l'erreur doit avoir été la cause déterminante de la volonté de contracter.

Voici, en effet, ce que disait Pothier : « L'erreur sur la personne avec qui je contracte détruit-elle parcelllement le consentement et annule-t-elle la convention ? Je pense qu'on doit décider cette question par une distinction. Toutes les fois que la considération de la personne avec qui je veux contracter *entre, pour quelque chose*, dans le contrat que je veux faire, l'erreur sur la personne détruit mon consentement et rend par conséquent la convention nulle. Au contraire, lorsque la considération de la personne avec qui je croyais contracter n'est entrée pour rien dans le contrat et que j'aurais également voulu faire ce contrat, avec quelque personne que ce fût, comme avec celui avec qui j'ai cru

contracter, le contrat doit être valable. » (Pothier, Obligations, n° 19.)

C'est bien là notre distinction rationnelle que les rédacteurs du Code ont mieux précisée dans l'A. 1110-2°. La considération de la personne doit avoir été capitale et déterminante, pour entraîner la nullité du contrat. L'explication de Pothier ne doit donc pas être prise à la lettre, car il ne suffit pas que l'intuitus personæ *entre pour quelque chose* dans le contrat.

Quand peut-on dire que la considération de la personne est la cause principale de la convention ? « C'est une question de fait, comme dit très bien M. Laurent, puisque tout dépend de l'intention des parties contractantes, mais le fait touche aussi au droit en ce sens que la nature des contrats sert à appliquer la distinction que fait implicitement l'A. 1110. »

Si le contrat est à titre gratuit, donation sous toutes ses formes, commodat, prêt gratuit, dépôt, mandat, il est clair que le sentiment d'affection, de confiance, d'intérêt qui inspire ces libéralités ou ces services est restreint à une personne et ne s'étend pas au premier venu. « Si donc, dit Pothier, voulant donner ou prêter une chose à Pierre, je la donne ou je la prête à Paul que je prends pour Pierre, cette donation ou ce prêt sont nuls. » La considération de Pierre était la cause principale, capitale du don ou du prêt.

Quant aux contrats à titre onéreux, il faut distinguer ceux qui créent des obligations de faire, obligations qui peuvent exiger chez le débiteur un art individuel, spécial, que le créancier a pris et prend d'ordinaire en considération.

Écoutons encore Pothier : « Si, voulant faire faire un tableau par Natoire, je fais marché pour ce tableau avec Jacques que je prends pour Natoire, le marché est nul, faute de consentement de ma part (on dirait aujourd'hui : annulable, faute de consentement valable) ; car je n'ai pas voulu faire faire un

tableau par Jacques, mais par Natoire : la considération de la personne de Natoire et de sa réputation entrain dans le marché que je voulais faire, et en était la cause principale. »

Parmi les autres contrats à titre onéreux dans lesquels l'erreur sur la personne est d'ordinaire une cause de nullité, il faut citer le contrat de société civile, celui de société commerciale fait intuitu personæ, qui sont des contrats de confiance. Le bail à colonage partiaire est un exemple de contrat où d'ordinaire, l'intuitus personæ a une grande importance : le mode de culture, le talent particulier du preneur est pris en considération par le bailleur, car celui-ci, n'ayant d'autre bénéfice qu'une part des fruits en nature, a un intérêt direct et immédiat à ce que la culture soit faite suivant le mode d'exploitation dont il espère un rendement plus sûr et plus considérable, — de plus arg. A. 1763.

Dans les autres conventions, la personne n'est pas, d'ordinaire, prise en telle considération, car on contracte en vue d'un résultat et non d'une personne, et celles-là sont les plus nombreuses. Qu'importe dans une vente, un louage, le vendeur, le bailleur, l'acheteur, le locataire. Le but unique c'est de vendre, de louer, peu importe à qui.

En définitive nous arrivons à avoir deux classes de conventions : celles où l'erreur sur la personne est, ordinairement, une cause de nullité, mais peut, exceptionnellement, n'en être pas une, et ceux où l'erreur sur la personne n'est pas ordinairement une cause de nullité, mais, exceptionnellement, peut en être une.

C'est toujours, dans un cas comme dans l'autre, à celui qui se prévaut de l'erreur à la prouver : mais aussitôt ce point établi, et c'est là qu'apparaît clairement l'utilité de la distinction de l'art. 1110-2°, deux conséquences contraires vont naître de deux situations contraires :

Dans la première, le juge croira très facilement (jusqu'à preuve contraire) que l'erreur a été la cause déterminante, dans la seconde, il admettra plus facilement, au contraire, que l'erreur n'a pas été la cause principale du contrat.

La nature du contrat n'est donc qu'un des éléments d'appréciation soumis au juge ; il en existe un autre très important : les circonstances particulières du fait, qu'il faut mettre en première ligne.

Mais toute erreur sur la personne, quelle qu'elle soit, pourvu cependant qu'elle ait été déterminante, aura-t-elle la force de créer l'action en nullité ? Lorsqu'il s'est agi de discuter cette question à l'égard de l'erreur sur la chose, les limites dans lesquelles elle pouvait être posée se trouvaient déjà fixées ; car, dans cette hypothèse, l'erreur ne devait pas porter sur l'identité de la chose, sous peine de ne plus nous trouver placés au point de vue de l'étude des vices du consentement ; il se fût agi, en effet, d'une erreur in corpore enlevant à l'acte juridique tout élément volontaire, en un mot d'un acte inexistant, d'une nullité radicale. Ici, il n'en est pas de même ; l'erreur qui porte sur l'identité de la personne n'engendre qu'une cause de nullité relative et dès lors il est naturel de se demander, si, à côté de cette erreur qui a pour résultat la substitution d'une personne à une autre, une autre erreur portant sur les qualités et non plus sur l'identité de la personne, et qui, rationnellement, peut avoir été déterminante, ne peut pas avoir le même effet juridique, faire naître la nullité relative. C'est, enfin, se demander s'il suffit que l'erreur sur la personne soit déterminante, ou si, à cette condition qui est nécessaire, il faut en ajouter une autre.

L'erreur sur les qualités de la personne est-elle capable de produire juridiquement un vice du consentement, sanctionné par la loi ? Nous ne croyons pas qu'il soit possible d'inter-

préter l'A. 1110-2^e d'une manière aussi large : les effets de l'erreur doivent être rares, exceptionnels, et dans l'application de ce texte nous avons déjà donné les raisons qui nous forcent à accepter facilement toute restriction, difficilement toute extension, et ici, en particulier, il faut se défier de l'analogie que l'on est tenté d'établir entre l'erreur sur les qualités substantielles de la chose et l'erreur sur la personne.

En effet, l'étude de l'alinéa premier de notre article nous a amenés à cette conséquence que l'erreur sur les motifs ne peut avoir aucune influence légale sur la validité du consentement et si, en tant que les motifs de la détermination qui portent sur la substance de la chose, cette règle reçoit une exception, c'est qu'il a été impossible d'en décider autrement : les principes eux-mêmes nous ont conduits à ce résultat, d'accord avec le texte de la loi. Au contraire, ici, il est bien clair que nous n'avons pas les mêmes raisons de dire que les motifs, relatifs aux qualités de la personne, ont une influence sur le consentement. Ce serait apporter une exception à notre règle, et une exception qui ne se justifierait ni par le texte de la loi, ni par les principes.

L'erreur sur l'identité de la chose n'était pas celle que pouvait prévoir l'A. 1110-1^{er} : il fallait bien alors admettre l'erreur sur les qualités. Pourquoi donc, ici, admettrions-nous l'erreur sur les qualités de la personne, alors que l'erreur sur l'identité peut avoir été et a été prévue par le législateur. L'argument d'analogie ne peut être invoqué, puisque nous ne sommes pas dans la même position.

Logiquement donc, nous refusons toute extension de l'A. 1110-2^e à l'erreur portant sur les qualités de la personne, et sur ce point encore nous pouvons invoquer l'opinion de Pothier. Le guide habituel du législateur de 1804, en parlant de l'erreur sur la personne, ne songe qu'à une substitution de

personnes; tous les exemples qu'il donne se rattachent à cette idée, les explications et les raisons qu'il fournit ne se rapportent qu'à cette hypothèse. Les rédacteurs du Code auraient-ils voulu élargir la doctrine du maître, eux qui, dans l'A. 1110-2°, l'ont précisée et limitée dans une formule plus étroite que la sienne ? — De plus, ne peut-on, pour soutenir cette opinion, se baser sur la différence de rédaction des deux alinéas de l'A. 1110-2 ; n'y a-t-il pas là la preuve de la volonté bien arrêtée de la loi de restreindre dans ses plus étroites limites les effets juridiques de l'erreur sur la personne ? C'est du moins notre avis, et, pour résumer, nous dirons que l'erreur sur la personne ne peut être une cause de nullité que lorsqu'elle se traduit par une substitution de personnes, lorsqu'elle porte sur l'identité même de la personne.

L'erreur sur la substance, l'erreur sur la personne, voilà donc les deux espèces d'erreur qui peuvent engendrer la nullité, et c'est une nullité qui ne vient anéantir l'acte juridique que postérieurement à sa création et par une action spéciale. Jusque-là, il a vécu d'une vie précaire et chancelante, mais réelle cependant : une ratification pouvait lui donner une énergie nouvelle, complète ; le temps pouvait la lui apporter, et la volonté de la victime de l'erreur pouvait, seule, le briser.

Avant de passer à l'examen des effets juridiques de l'erreur dans les principaux actes où la volonté est considérée par la loi comme un élément essentiel à leur existence, et cela pour y constater soit des applications, soit des dérogations à l'A. 1110, il est nécessaire de discuter des questions que l'étude approfondie de l'erreur, vice du consentement, ne permet pas de passer sous silence ; nous voulons parler de l'erreur particulière à l'un des contractants dans les actes bilatéraux, de l'erreur sur la quantité qui est prévue par des

textes de loi en matière de vente et de louage, de la théorie des vices rédhibitoires, mélange des effets de la garantie et de l'erreur sur le consentement, et enfin de la célèbre controverse qui s'élève sur l'erreur de droit.

L'erreur sur la substance de la chose, l'erreur sur la personne particulière à l'un des contractants, dans un acte bilatéral, suffit-elle pour créer l'action en nullité ?

Les principes même qui nous ont guidés dans l'étude de l'A. 1110 ne nous laissent pas apercevoir comment une telle question peut être controversée. Nous l'avons dit, un consentement, dont l'une des volontés qui le forment se trouve viciée, est lui-même vicié, imparfait, non valable. Que l'élément volontaire soit unique ou double, l'erreur qui l'a déterminé, qui, dans les termes de la loi, en est la cause principale, le prive sans aucun doute de la force et de l'énergie qu'il devrait avoir. Il est évident que si l'erreur a déterminé, dans un élément volontaire double, les deux volontés qui le forment, cet élément volontaire sera vicié plus fortement que lorsqu'une seule volonté aura été le produit de l'erreur. Les deux parties consentiront le plus souvent à revenir sur un acte qu'elles n'ont réalisé que presque malgré elles, dans un état d'esprit contraire à la vérité. Mais, encore une fois, l'élément volontaire est tout aussi bien vicié, quoique moins gravement, lorsque l'erreur sur la substance ou sur la personne a été commise par un seul des contractants. Pourquoi l'A. 1110 ne s'appliquerait-il pas à cette hypothèse, y a-t-il quelque chose dans le texte qui aille contre cette solution ? L'influence de l'erreur sur l'une des volontés est-elle donc effacée par ce fait que l'autre volonté était le produit d'un état d'esprit conforme à la réalité ? Rationnellement, la négative est impossible, et en tant qu'il s'agit de l'erreur sur la personne, tout le monde admet qu'il suffit que l'erreur existe

chez l'une des parties ; une erreur unilatérale sera déjà très rare, exiger une erreur bilatérale, ne serait-ce pas supprimer cette cause de nullité ?

Dès lors, pourquoi ne pas admettre cette solution à l'égard de l'erreur sur la substance de la chose ? Le consentement dont une volonté est viciée par la violence et le Dol n'est-il pas nul ? pourquoi en serait-il autrement de l'erreur, d'autant plus que les A. 1109 et 1117 mettent ces trois causes de nullité sur la même ligne.

J'achète un cheval que je crois issu d'un étalon célèbre et parce que je lui attribue cette origine ; le marchand qui connaît sa véritable filiation, qui ne me l'indique pas parce que je ne lui en parle pas, n'est pas, lui, dans l'erreur, mais est-ce que cela peut avoir quelque influence sur ma détermination ? Pourquoi ne pourrai-je pas invoquer la nullité ? la loi est pour moi et, quelque inique qu'elle soit pour le marchand, elle n'en existe pas moins.

Il est vrai que ce dernier perdra le bénéfice de son marché pour une cause contre laquelle il ne pouvait pas se mettre en garde ; mais l'A. 1382 ne va-t-il pas lui permettre de me demander compte du préjudice que je lui ai causé ? ne pourra-t-il donc pas se faire indemniser ? La solution est donc légale et les principes généraux suffisent pour corriger ce qu'elle pourrait parfois avoir de contraire à l'équité (1).

De l'erreur sur la quantité de la chose

L'erreur sur la quantité de la chose, objet de l'acte juri-

(1) En ce sens Demolombe tome 24. n° 101. Colmet de Santerre tome 5, n° 16 bis II et IV. — Amiens, 11 mai 1854. S. 55. 2. 186. Contra Larom-

dique, peut porter sur la substance de la chose, mais tantôt elle constitue une erreur sur la valeur, tantôt non : c'est-à-dire que, dans la première hypothèse, c'est la prise en considération de la quantité qui a été un des éléments d'appréciation de la valeur attribuée à la chose et peut-être un élément déterminant, et que dans la seconde hypothèse cette prise en considération a eu un tout autre but, a été le fait d'une autre préoccupation qui n'avait pas de rapports au moins directs avec cette valeur

Lorsque l'erreur sur la quantité n'est autre qu'une variété de l'erreur sur la valeur, elle se confond avec la lésion et par conséquent, comme on le sait, est complètement indifférente, quelque déterminante qu'elle soit.

Lorsqu'elle constitue une erreur sur une autre qualité de la chose, elle peut créer l'action en nullité, si elle est substantielle, et, si elle ne l'est pas, elle n'a aucune influence. C'est l'application toute simple de l'A. 1110, et les A. 1617 et suivants, tout comme l'A. 1765, les premiers relatifs aux ventes d'immeubles, les seconds aux baux à ferme, ne démentent pas cette affirmation.

En effet, ces articles qui accordent, pour erreur sur la quantité et à certaines conditions, le droit aux fermiers et aux acquéreurs de se désister de leur contrat de louage et de vente, prévoient non pas une cause de nullité, mais une cause de résolution fondée sur une convention présumée entre les parties. Pour s'en convaincre, il suffit de supposer un cas non prévu par ces articles.

D'après l'A. 1618, l'acheteur peut se désister du contrat quand il a un excédent de contenance d'un vingtième ;

bière art. 1110 n° 3. Aubry et Rau tome 4. 343 bis note 2. Tropicong. Vente tome I n° 15 et tome 2, n° 55.

Arrêts Cour de Paris, 9 janvier 1849. Sirey 1849. 2-80.

a-t-ille même droit en présence d'un déficit égal ou supérieur au vingtième de cette contenance déclarée ?

Tout le monde est d'accord pour dire non ; la loi ne lui donne pas ce droit, il ne peut qu'exiger une diminution proportionnelle du prix ou la délivrance de ce déficit, si c'est possible.

Mais s'il ne peut se désister, il pourra, dans le cas où ce déficit constitue pour lui l'absence d'une qualité substantielle de la chose, agir par l'action en nullité. Il lui faudra démontrer que le nombre de mesures indiqué au contrat l'avait déterminé à l'achat, parce que, par exemple, le terrain ne peut lui servir qu'à cette condition : par exemple il veut bâtir une usine qui exige une superficie égale à celle indiquée au contrat et non moindre.

Ici l'erreur sur la quantité n'a pas été prise en considération pour apprécier la valeur, mais constitue une erreur sur une autre qualité de la chose, substantielle, et sans rapport avec sa valeur ; — c'est pour cela qu'ici, l'action en nullité prendra naissance.

DES VICES RÉDHIBITOIRES

La théorie des vices rédhibitoires est à la fois une application des principes que nous avons déduits de l'Art. 1410 et une dérogation à ces mêmes principes, une théorie où l'on voit, à côté des effets de l'erreur sur la substance de la chose, apparaître pour les compléter les effets de la garantie.

Qu'est-ce qu'un vice rédhibitoire ? Le vice rédhibitoire, c'est l'absence d'une qualité matérielle dont la supposition,

escomptée par l'acheteur pour l'usage qu'il avait à faire d'une chose, l'a déterminé soit à l'acheter soit à la payer un certain prix. L'acheteur a cru que cette qualité existait, alors qu'elle faisait défaut, il a été dans une erreur et dans une erreur déterminante. D'après l'A. 1644, l'acheteur, à certaines conditions, entre autres qu'il s'agisse de vices non apparents et dont il n'a pu se convaincre par lui-même, a le choix entre la résolution du contrat et la diminution du prix.

Si le vice est tel qu'il rende la chose vendue impropre à l'usage qui lui était destiné ou diminue tellement cette utilité que sans son erreur l'acheteur ne l'aurait pas acquise, nous sommes, à n'en pas douter, en face d'une erreur sur une qualité substantielle de la chose, puisque c'est une erreur sur une qualité déterminant le contrat. L'A. 1644 en donnant à l'acheteur le droit d'exiger la résolution ne fait qu'appliquer l'A. 1110 (1).

Mais si l'erreur sur l'existence de ce vice n'a eu pour résultat que de faire payer la chose un certain prix, ici, elle n'est plus déterminante du contrat, et le droit de l'acheteur d'exiger la résolution n'est plus une application de l'A. 1110. En effet, par hypothèse même, elle ne l'aurait pas empêché de contracter, mais seulement d'offrir de la chose un certain prix, l'erreur a donc porté sur une qualité accidentelle, et si elle a le même effet que dans le cas précédent, c'est en vertu des obligations spéciales du vendeur tenu à la garantie ; — ce qui justifie par cela seul la dérogation signalée.

Ces quelques lignes n'ont eu d'ailleurs d'autre but que de faire le départ entre la théorie de l'erreur et celle de la garantie ; aller plus avant sur ce point serait sortir de notre sujet.

(1) Laurent, *Principes*, tome 24, page 273, note 1.

« L'erreur qui a pour résultat qu'on ne peut se servir de la chose n'est-elle pas la plus substantielle des erreurs ? »

DE L'ERREUR DE DROIT

Rationnellement l'erreur de droit doit avoir sur la volonté la même influence que l'erreur de fait. La seule raison de douter de l'exactitude juridique de cette proposition, c'est la controverse qui, sur ce point, existait dans l'ancien droit et qui subsiste encore aujourd'hui malgré la généralité des A. 1109 et 1110 qui sont le siège de la matière. Le seul argument sérieux qui puisse être opposé aux partisans de l'affirmative c'est l'A. 4 du Code civil, réfuté depuis longtemps par les auteurs les plus considérables. Nous n'avons pas l'intention de reprendre leur raisonnement. Qu'il nous suffise de dire que la jurisprudence et la plus grande partie de la doctrine acceptent la théorie de l'assimilation des deux erreurs, et que nous ne pouvons mieux faire que d'accepter cette solution (1).

DE L'APPLICATION DE L'A. 1110 A QUELQUES ACTES JURIDIQUES

I^e — *Actes bilatéraux*

TRANSACTION — PARTAGE

De la transaction

Après avoir, étudié avec les A. 1109 et 1110, les règles sur l'erreur communes à tous les actes bilatéraux,

(1) Toullier tome 8, page 37, n° 58-61. Aubry et Rau, tome 4, p. 248, n° 7 par. 343 bis. Laurent, tome 15 des *Principes*.

en principe, il reste à examiner, plus en détail, ceux de ces actes qui sont, dans le Code, l'objet de dispositions expresses.

C'est à propos de la transaction que nous trouvons un ensemble de textes nombreux sur l'erreur. Les A. 2052 à 2056 sont d'une extrême difficulté à interpréter : essayons de rechercher quelle a été en cette matière la pensée du législateur et la raison d'être d'un luxe auquel il ne nous a pas habitués, de six articles sur les effets de l'erreur. — A-t-il voulu limiter encore l'influence juridique de l'erreur sur le consentement ou augmenter cette influence ? A-t-il voulu restreindre plus que ne le fait l'A. 1110 les cas de nullité ou en accroître le nombre ? Au premier abord, on ne peut comprendre autrement l'utilité des A. 2052 et suivants ; si c'était pour s'en tenir au droit commun, un simple renvoi à l'A. 1110 suffirait ; et si le législateur ne l'a pas fait, c'est donc qu'il a voulu prendre un des deux partis que nous venons d'indiquer, et alors lequel des deux, et pourquoi l'un plutôt que l'autre ?

Pour répondre à ces questions, il faut certainement se faire une idée exacte, non seulement de ce qu'est en elle-même la transaction, mais aussi et surtout de l'utilité, du but social qu'elle est appelée à remplir dans la vie juridique.

Une définition de la transaction plus exacte que celle de l'A. 2044 est celle que M. Accarias a donnée dans sa thèse de doctorat et par laquelle il dit « que c'est un contrat au moyen duquel les parties tranchent, à l'aide des sacrifices réciproques, une question qui leur paraît litigieuse, douteuse ». C'est donc un contrat consensuel, synallagmatique et à titre onéreux.

Un exemple éclairera complètement ce qu'il peut y avoir d'abstrait dans cette définition.

L'immeuble A est revendiqué par deux individus, Pierre

et Paul : le litige existe, la contestation est née que la justice soit ou non saisie.

Ni Pierre ni Paul ne sont certains du bon droit des prétentions qu'ils émettent, et tous deux craignent l'issue du procès qui va s'engager ou est engagé. Aussi Pierre offre-t-il à Paul d'abandonner ses prétentions s'il veut lui verser une somme de 20.000 francs.

Paul accepte. C'est une transaction. La question de droit était douteuse et ils la tranchent au moyen des sacrifices réciproques.

Il est clair qu'une telle convention ne peut être qu'encouragée par le législateur, plutôt désireux de voir les citoyens se faire justice eux-mêmes et de gré à gré que de les pousser à confier à d'autres le soin de régler leurs intérêts. Et l'encouragement donné à ce contrat sui generis ne doit pas se borner à une sanction toute platonique de la volonté des parties ; aussi la loi en réglemente-t-elle la preuve plus rigoureusement que ne le fait le droit commun (A. 2044-2°), et enlève-t-elle à l'erreur de droit le pouvoir de créer la nullité. La transaction a pour but d'éteindre les procès, il ne faut pas qu'elle-même en soit la source et une source féconde. Voilà déjà une limitation des principes posés par l'A. 1110 et une limitation certaine qui pourra nous aider dans l'explication de nos articles ; retenons-la pour l'instant, nous en déterminerons plus exactement la portée et la raison tout à l'heure. S'il en est ainsi, ne conçoit-on pas que les cas de nullité créés par l'erreur doivent être moins fréquents que ne l'admet l'A. 1110 pour obéir à cette préoccupation des rédacteurs du code. Nous croyons qu'il faut nous inspirer de ce souci de la loi pour résoudre les difficultés que nous allons aborder et dont l'étude même nous confirmera dans cette manière de voir.

Cependant faisons, pour quelques instants, abstraction des textes que nous allons étudier ou plutôt ne retenons de ces textes que l'A. 2553. Que nous donnera, en matière de transaction, l'application pure et simple de l'A. 1110 ?

En première ligne, distinguons quelle est la cause d'une transaction, son objet, ses motifs ; car nous savons que l'erreur a, suivant l'A. 1110, des effets bien différents suivant qu'elle porte sur tel ou tel élément d'un contrat.

Reprenons notre exemple : Pierre a transigé avec Paul. La cause de cette transaction est double puisque la transaction est un contrat synallagmatique. Pour Paul c'est le but qu'il a obtenu, l'engagement de Pierre de renoncer à ses prétentions sur l'immeuble — et cela par crainte du procès, voilà le motif. Pour Pierre c'est le but qu'il a obtenu, l'engagement que Paul a pris de lui verser 20.000 francs — et cela aussi par crainte du procès, voilà encore le motif.

Quant à l'objet pour Paul, de la transaction, c'est la renonciation de Pierre à ses prétentions — pour Pierre c'est les 20.000 francs de Paul. — D'ailleurs il est clair que c'est le droit sur l'immeuble, la question douteuse qui des deux objets de la transaction a été le principal, de même que, dans la vente, l'objet principal c'est la chose vendue.

L'erreur sur la cause ayant pour conséquence l'inexistence de l'acte juridique, ne constituant pas un cas de nullité relative, nous n'avons pas à nous en occuper.

Quant à l'erreur sur l'objet, telle que l'entend l'A. 1110, c'est-à-dire l'erreur non sur l'identité, mais sur la substance de la chose, objet de la convention, ou mieux un des objets de la convention, tout le monde est d'accord qu'il faut ici pleinement appliquer l'A. 1110. — L'A. 2053 consacre tout simplement le droit commun. Que l'erreur tombe sur une qualité substantielle de la chose sur laquelle porte le droit con-

testé qui, lui-même, est l'objet de la transaction, et la nullité naîtra ; de même si l'erreur tombe sur une qualité substantielle de la chose qui fait l'autre objet de la transaction. — Jusqu'ici, donc, point de difficulté.

Que reste-t-il ? l'erreur sur la personne, l'erreur sur les motifs.

L'erreur sur la personne n'est pas, en principe, une cause de nullité suivant les termes de l'A. 1110. — Elle n'est telle que lorsque la considération de la personne est la cause déterminante de la convention, ce qui se présume s'il s'agit d'un contrat fait « intuitu personæ » et ce qui, en droit, est exceptionnel. — La transaction a-t-elle ce caractère ? La rédaction de l'A. 2053 le laisse supposer, mais il n'en est rien ; on transige ordinairement non pas en considération du cocontractant mais de ses propres intérêts. — L'A. 2053 est une application de l'A. 1110.

En effet, supposons que Pierre veut transiger sur le droit qu'il prétend avoir sur l'immeuble A et que Paul lui conteste. Il existe à l'insu de Pierre un autre individu qui s'appelle Paul également et qui conteste également son droit. Ce Paul se présente à Pierre et accepte de transiger. Tous deux sont d'accord sur le différent à régler et sur la nature de la convention à intervenir, de même que deux individus peuvent être d'accord sur une vente et la chose à vendre. Si, dans une vente, un contractant erre sur la personne de l'autre partie, en principe cette erreur ne crée pas la nullité. En est-il autrement dans cette transaction où l'on est d'accord sur le droit contesté et sur les sacrifices réciproques à faire, mais où Pierre fait erreur sur la personnalité, l'identité de son cocontractant, Paul. Pourra-t-il faire rescinder la transaction ? En principe, non ; mais, comme dans la vente, s'il démontre qu'il n'a transcrit que parce qu'il croyait ce Paul l'autre

Paul qu'il estime particulièrement parce qu'il est son parent, la nullité pourra être prononcée. — N'y a-t-il pas là l'application de l'A. 1110 et quelle est l'utilité de l'A. 2053 ? Ne fait-elle pas entièrement défaut ?

Toute autre interprétation de l'A. 2053 aboutit soit à l'absence du consentement parce que l'erreur sur la personne entraîne une erreur sur l'identité de l'objet, et à l'inexistence de la transaction, par conséquent à une nullité radicale et non relative, ce qui est contraire à la rédaction de l'A. 2053 qui parle d'une action en rescision ; — soit à une erreur sur les qualités de la personne, parce que l'erreur n'est plus une substitution de personnes, ce que l'A. 2053 ne peut admettre, puisque pour nous l'A. 1110 n'en fait aucun cas et qu'en matière de transaction, les règles sur l'erreur doivent être moins larges qu'en toute autre convention.

L'erreur sur les motifs n'est pas plus ici qu'ailleurs, quelque déterminante qu'elle soit, une cause de nullité.

Dès lors, quelle est l'utilité des articles autres que l'A. 2053 (qui d'ailleurs n'en a aucune) consacrés par le code aux effets de l'erreur sur la transaction ? Pour nous, c'est la limitation des cas dans lesquels l'erreur sur la substance crée la nullité, et ce point est hors de doute en tant qu'il s'agit d'une erreur de droit, qu'elle porte sur la personne ou sur la substance de la chose.

L'A. 2053-2° décide que les transactions ne peuvent être attaquées pour cause d'erreur de droit, ni pour cause de lésion.

En tant qu'il s'agit de déclarer la transaction non rescindable pour cause de lésion, ce texte ne fait que lui appliquer le droit commun. (A. 1118.) Il y déroge, au contraire, lorsqu'il déclare que les transactions ne peuvent être attaquées pour erreur de droit, car dans les autres conventions l'erreur

de droit peut être une cause de nullité comme l'erreur de fait. Le motif de cette exception est que dans la pratique on ne transige guère sur une contestation sans s'être au préalable éclairé auprès d'hommes compétents sur les divers points de droit qu'elle pouvait soulever. Une erreur de droit est donc peu probable, la loi présume qu'il n'en a point été commis, et cette présomption n'admet pas la preuve contraire. De plus, si l'on considère que l'ignorance même du droit engendre la plupart du temps l'incertitude des parties et les détermine à transiger, on comprendra que l'erreur de droit soit retranchée du nombre des causes qui peuvent faire rescinder la transaction. Autrement, le but même que poursuivent les parties serait rarement atteint. Il est de l'essence de la transaction qu'elle ne soit pas rescindable pour cause d'erreur de droit.

Voilà déjà une limitation importante aux règles sur l'erreur telles qu'elles ont été tirées de l'A. 1110; en voici une autre, plus délicate à faire saisir; c'est celle qui s'attaque au principe résultant de l'A. 1110-1^{er}.

En effet par erreur sur la substance, nous n'avons jusqu'ici entendu parler que de celle qui porte sur la chose même qui est l'objet du droit contesté, tel le cas par exemple où l'une des parties a cru transiger sur un lingot d'argent, alors qu'il est d'or; cette erreur peut être substantielle et entraîner la nullité. Mais dans une transaction, outre cette erreur, il peut en exister une autre qui portera, celle là, sur le droit lui-même, sur une qualité de ce droit.

Et qu'y a-t-il de plus substantiel pour deux individus qui transigent que de savoir à qui le droit appartient? Le fait même que le droit appartient à l'un ou à l'autre constitue certainement une qualité de ce droit, et sans aucun doute dans l'espèce une qualité substantielle. Toute erreur sur cette qualité sera substantielle et créera la nullité.

En un mot l'erreur des parties qui considèrent à tort le droit comme douteux, frappe sur la substance de ce droit qui est l'objet direct et principal de la transaction. Cette erreur, d'après l'A. 1110, fera naître la nullité par cette double raison qu'elle porte sur une qualité de l'objet, qualité que les contractants ont eue principalement en vue et qui a été déterminante.

Mais une telle solution serait en contradiction avec le but même de la transaction, le doute venant tôt ou tard à se dissiper, une des parties aura été dans une erreur substantielle et il faudra, dans tous les cas, admettre la rescision.

Voilà pourquoi le législateur, tout en acceptant ici l'erreur sur la substance avec ses conséquences, d'un côté, refuse tout pouvoir à l'erreur de droit et, de l'autre, limite l'application de l'A. 1110-1^{er} à certaines hypothèses (que nous allons examiner) dans lesquelles l'erreur qui assaillit l'esprit des parties est si grave qu'il serait peu équitable de ne lui accorder aucune influence.

Constatons d'abord que le code ne s'occupe ici que des transactions nulles, annulables ou rescindables, et non des transactions inexistantes. Pour s'en convaincre, il suffit de lire, avec attention, les textes relatifs à la matière. Les A. 2053 et 2054 ne parlent que de rescision, expression qui ne peut donner lieu à aucune équivoque. Le mot « nullité » dont le sens est moins déterminé se rencontre, il est vrai, dans les A. 2055 à 2057.

Mais il est certainement pris comme synonyme de rescision dans l'A. 2057 où le législateur a commencé par employer cette dernière expression et ne parle ensuite de nullité que pour ne pas se répéter, et il devient, dès lors, très probable, pour ne pas dire certain, que l'expression a le même sens dans l'article qui précède.

Il reste donc l'A. 2055 dans lequel les mots « la transaction est entièrement nulle » pourraient faire croire qu'il s'agit d'une nullité absolue, si les travaux préparatoires ne nous apprenaient pas que ce texte ne fait que déduire une conséquence du principe de l'indivisibilité des transactions et signifie tout simplement que, dans l'hypothèse prévue, la transaction doit être annulée dans toutes ses parties.

1^{er} cas. A. 2054. « Il y a également lieu à l'action en rescision contre une transaction, lorsqu'elle a été faite en exécution d'un titre nul, à moins que les parties n'aient expressément traité sur la nullité. »

Constatons d'abord que par titre la loi entend très certainement ici le fait juridique, *negotium juridicum*, qui sert de base au droit contesté. Quant au mot *nul*, il désigne d'une manière générale tous les cas où le fait juridique se trouve être sans valeur, par quelque cause que ce soit, c'est-à-dire inexistant ou rescindable.

La cause de rescision qu'établit notre texte ne peut être rattachée qu'à l'erreur. La transaction est rescindable non pas à cause de la nullité du titre qui lui sert de base, mais à raison de l'erreur des parties ou de l'une d'elles sur l'existence de cette nullité. La preuve en est que la transaction est valable, si les parties ont expressément traité sur la nullité du titre, ce qui démontre bien que cette nullité du titre ne forme pas par elle-même et par elle seule un obstacle à la validité de la transaction. Dans ce cas, il ressort des termes mêmes de la transaction qu'il n'y a pas eu erreur, il n'y a par conséquent pas de nullité possible, rien n'est plus d'accord avec les principes.

Mais si nous supposons que les parties n'ont pas expressément traité sur la nullité, de deux choses l'une, ou bien l'existence de cette nullité a été connu au moins de l'une

des parties, ou elle ne l'a pas été ; si elle l'a été, les principes ne devraient pas permettre à celle qui ne s'est pas trompée de demander la rescision, puisque la rescision ne peut naître que de l'erreur, *et pourtant la loi semble* l'autoriser à introduire cette action puisqu'elle déclare nulle la transaction, sans distinguer, par ce seul fait qu'il n'a pas été expressément traité sur la nullité.

Pourquoi cette assimilation, pourquoi cette présomption « juris et de jure » que si les parties n'ont pas traité sur la nullité c'est qu'elles ne l'ont point connue ? Une telle solution légale, si elle était exacte, serait injustifiable. L'A. 2054 n'est qu'une application de l'erreur sur la substance, et s'il est un principe certain, c'est que, pour produire effet, l'erreur doit être prouvée, jamais elle ne peut être présumée en aucune matière et encore moins ici que partout ailleurs. Si la transaction a été conclue en parfaite connaissance de cause, elle ne peut pas être rescindée. La loi, dans sa manière de parler qui paraît absolue, ne s'occupe que de ce qui arrive le plus souvent et qui consiste en ce que, si l'existence de la nullité a été connue, il en sera ordinairement parlé dans la transaction. D'ailleurs (1) l'erreur de droit n'étant pas une cause de nullité, la présomption de l'erreur ne pourrait s'attacher qu'à celle de fait, la partie restant obligée d'établir qu'elle ne s'est pas trompée sur le droit. Or quel moyen plus simple de faire cette preuve d'un fait négatif que celui qui consiste à établir l'existence de l'erreur de fait, et

(1) Opinion qui voit dans l'A. 2033 l'application de l'exception faite par l'A. 2052 relative à l'erreur de droit et consacrée par plusieurs arrêts de la Cour de cassation — 23 mars 1807. D. 1. 2. 199 — 28 déc. 1829. D. 30 1. 68 — 14 nov. 1838. D. 39. 1. 19, — contrairement à celle de MM. Aubry et Rau qui soustrait l'A. 2054 à l'application de l'A. 2052, en faisant de l'hypothèse prévue par l'A. 2054 un cas où la transaction est inexistante, faute de cause.

alors à quoi sert la présomption ? elle est inutile et va contre les principes. Ne vaut-il pas mieux ne pas la prêter au législateur ?

L'erreur de fait doit donc être prouvée et, si elle ne l'est pas, malgré la nullité du titre, la transaction vaudra.

Par exemple la transaction a été faite en exécution d'un testament olographe : — l'héritier n'avait pas connaissance d'un testament postérieur révoquant le legs sur lequel il a transigé ; il devra le prouver s'il y a contestation sur ce point. S'il le fait, il aura établi qu'il ignorait une circonstance décisive, qui rendait son droit absolument certain et dont la connaissance l'aurait certainement empêché de transiger, parce que l'on ne transige que sur un droit plus ou moins douteux. C'est là une erreur substantielle qui autorise la rescision, et elle est prévue par l'A. 2054.

2° Cas. A. 2055 : « La transaction faite sur pièces qui depuis ont été reconnues fausses est entièrement nulle. »

L'A. 2055 ne fait pas double emploi avec l'article 2054 : la pièce, c'est l'acte instrumentaire authentique ou sous-seing privé — le titre, l'acte juridique, la convention par exemple, en dehors de toute forme extérieure et solennelle. La pièce est destinée à prouver le titre — celui-ci peut être nul sans que la pièce soit fausse — la pièce peut-être fausse sans que le titre soit nul.

Ceci dit, voici l'espèce que régleme l'A. 2055.

Pierre a une difficulté avec Paul, et ils sont sur le point d'entrer en procès ; à l'appui de sa prétention Pierre invoque contre Paul des pièces qui sont en réalité fausses ; on transige. — Ou bien Pierre a été déterminé par ces pièces que par erreur de fait, il a cru sincères, ou bien il a transigé sur le droit sans tenir compte aucun des pièces. Dans la première hypothèse comme dans la seconde, il a d'ailleurs

ignoré la fausseté des pièces. Mais dans la première, s'il avait su que les pièces étaient fausses, il n'aurait certainement pas transigé ou il l'aurait fait dans d'autres conditions — son consentement a été vicié par une erreur substantielle qui l'autorise à demander la nullité. Mais il devra prouver son erreur et établir qu'elle a été déterminante : c'est le droit commun. Dans la seconde, alors même qu'il aurait connu la fausseté des pièces, il aurait contracté ; il a erré, mais son erreur n'a pas été déterminante. Il est dans la même situation que celle où il aurait été s'il avait connu la fausseté des pièces ; il ne pourra pas poursuivre la nullité. Car la transaction a une base, le droit existe quand même indépendamment des pièces, et c'est sur lui qu'il a voulu transiger.

Si l'erreur est commune à tous deux, elle engendre une double action en nullité, si la pièce fautive a été pour chacun le motif déterminant de la transaction.

Lorsque l'on annule la transaction pour cette cause, on doit le faire pour toutes ses parties et non pas seulement, comme on le décidait en droit romain et dans notre ancien droit (1), sur les chefs qui ont été directement déterminés par les pièces fausses. C'est une exception aux règles sur l'erreur, mais c'est ce qu'a voulu dire le législateur par ces mots « la transaction est entièrement nulle ». Les travaux préparatoires en font foi et d'ailleurs tout se tient dans une transaction : les différentes clauses qu'elle renferme sont solidaires les unes des autres et il sera, la plupart du temps, conforme à l'intention des parties d'anéantir toute la convention, du moment qu'elle ne peut subsister intégralement.

3^e Cas. A. 2056 : « La transaction sur un procès terminé par un jugement passé en force de chose jugée, dont les parties ou l'une d'elles n'avaient point connaissance, est nulle. »

(1). L. 2.2. C. de Transaction. Domat. Lois civ. L. T. 23, sect. 2 n^o 4.

« Si le jugement ignoré des parties était susceptible d'appel, la transaction serait valable. »

Ainsi, Pierre a une contestation avec Paul : ils plaident et Pierre triomphe : la décision judiciaire qui donne gain de cause à Pierre a, supposons-le, l'autorité définitive de la chose jugée, c'est-à-dire qu'elle est en dernier ressort, ou si elle a été rendue par un tribunal jugeant en premier ressort, elle n'est plus susceptible aujourd'hui d'être attaquée par les voies ordinaires de recours, l'appel ou l'opposition ; ces deux hypothèses sont comprises dans la formule « un jugement passé en force de chose jugée ». — Cette décision judiciaire qui tranche le différend, ne fait pas obstacle à la transaction, car Pierre peut avoir des doutes sur la valeur juridique de cette décision, ou encore, en toute justice Pierre peut se croire moralement obligé de sacrifier en partie des avantages que le jugement consacre à son profit, et *il transige en connaissance de cause*, sur un différend qu'une sentence judiciaire a tranché définitivement en sa faveur. Le droit est pour lui douteux. La transaction sera valable, mais elle ne pourra être rescindée pour cause d'erreur, au cas où ensuite le doute sur l'existence du droit disparaîtrait de l'esprit de Pierre, abstraction faite, bien entendu, de l'application des A. 2053-4-5-7. Ainsi, voilà une hypothèse où l'erreur, quoique pouvant être substantielle, ne crée pas la nullité, malgré l'A. 1110.

En voici une autre : le jugement ignoré de la partie gagnante était encore, au moment du contrat de transaction, susceptible d'être attaqué par une voie ordinaire de recours ; c'est ce que prévoit l'A. 2056, qui déclare, malgré cette erreur, la transaction valable. Évidemment, in abstracto, un doute subsiste encore sur l'issue définitive du litige, car le jugement peut être réformé sur l'opposition ou l'appel. Mais, in concreto,

au point de vue de la partie gagnante dont il faut, en matière d'erreur, rechercher la pensée, peut-on dire que le doute aurait subsisté sur son droit, si elle avait connu le jugement ? Non, en vérité, tout cela dépend des circonstances et, pour être logique, on aurait dû, ici, appliquer l'A. 1110, l'A. 2056-2^e, on ne le fait pas, pourquoi ? Nous le savons, la loi veut limiter les cas d'application de la nullité tirée de l'erreur substantielle ; est-il une preuve plus complète de cette volonté que celle qui résulte de ce fait que la loi interdit de considérer comme substantielle une erreur qui peut l'être rationnellement. N'y a-t-il pas là une justification entière du système que nous avons adopté ?

La situation que prévoit directement l'A. 2056-1 est celle où le jugement qui tranche le litige est définitif et est ignoré de la partie gagnante, de Pierre, au moment de la transaction. Celui-ci a commis une erreur qu'il devra prouver, erreur substantielle qui lui permettra d'obtenir la rescision du contrat, car il n'aurait pas transigé s'il avait connu, comme le dit Berlier, « le titre irréfragable qui rendait sa condition meilleure » (1), ou du moins la loi le présume, et sur le chef de cette présomption, juste la plupart du temps et difficile à renverser, elle annule la transaction.

4^e cas. A. 2057 : « Lorsque les parties ont transigé généralement sur toutes les affaires qu'elles pouvaient avoir ensemble, les titres qui leur étaient alors inconnus, et qui auraient été postérieurement découverts, ne sont point une cause de rescision, à moins qu'ils n'aient été retenus par le fait de l'une des parties ;

« Mais la transaction serait nulle si elle n'avait qu'un objet sur lequel il serait constaté, par des titres nouvellement découverts, que l'une des parties n'avait aucun droit. »

(1) Fenet, 15, p. 95.

Ce texte suppose que, postérieurement à la transaction, l'on découvre des titres, « instrumenta » desquels il résulte que l'une des parties n'avait aucun droit ; il s'agit de savoir si l'autre partie pourra faire rescinder la transaction. — L'A. 2057 répond sans distinguer et affirmativement si les titres découverts ont été retenus par le fait de la partie qu'ils condamnaient — c'est alors une action en rescision pour cause de Dol. Mais, en dehors de cette hypothèse, si les parties ont transigé sur toutes les affaires qu'elles pouvaient avoir ensemble ou même seulement sur une série d'affaires, il n'y a pas possibilité d'obtenir la rescision. La loi ne veut pas que l'on puisse même démontrer que la connaissance du titre découvert aurait empêché la transaction ; il pourrait être évident que l'erreur est substantielle et malgré cela pas de nullité. Le texte s'y oppose, toujours pour les mêmes motifs qui, ici, sont encore plus impérieux.

Au contraire, à supposer qu'il s'agisse d'une transaction spéciale, c'est-à-dire d'une transaction relative uniquement à la question que résolvent les titres découverts, il y aura lieu à rescision. Le consentement de la partie, dont le droit est désormais certain, a été vicié par une erreur substantielle, c'est évident alors que tout à l'heure un doute subsistait et un doute dangereux qui pouvait être exploité.

Ainsi le législateur applique purement et simplement, sauf en ce qui concerne l'erreur de droit, les règles énoncées par l'A. 1110, au contrat spécial de transaction, lorsqu'il s'agit de l'erreur sur la personne ou de l'erreur sur la substance de la chose, sur laquelle porte le droit qui est contesté et qui est lui-même l'objet direct de la transaction. Mais dès qu'il s'agit du droit contesté, l'erreur sur sa substance n'entraîne pas toujours la nullité, il faut qu'elle rentre dans les quatre hypothèses prévues par le législateur ; sinon, elle n'a aucune valeur.

Du Partage

Si, en matière de transaction, l'A. 4440 reçoit une application, mais une application limitée, il est un autre contrat, le partage, sur lequel l'erreur sur la substance, l'erreur sur la personne n'ont aucune influence propre. L'A. 887, en effet, ne mentionne pas l'erreur comme une cause de rescision du partage, et cette omission a été faite intentionnellement, ainsi que cela résulte de la discussion qui a eu lieu au conseil d'État lors de la confection de la loi (1). Bien entendu, théoriquement, cette décision ne se justifie pas, car il est bien certain que, ce contrat supposant l'existence de l'élément volontaire, il peut être vicié par l'erreur qui a été la cause déterminante du consentement. Aussi faut-il, puisqu'il n'en est pas ainsi dans notre droit positif, chercher à se rendre compte des motifs qui ont poussé le législateur à exclure cette cause de rescision des partages.

Le code voit avec défaveur se perpétuer l'état d'indivision auquel le partage a pour mission de mettre fin, et cela pour des raisons d'ordre économique et des considérations d'ordre public qui sont très pressantes ; mais d'un autre côté le partage n'est pas un acte de spéculation, il est au contraire un acte de liquidation qui doit ménager l'intérêt de ceux qui y prennent part et ne pas rompre l'égalité qui doit régner entre eux. C'est pour cela que, d'une part, le législateur repousse

(1) A. 244, projet de l'an 8 — les partages peuvent être rescindés comme tous les autres actes pour cause de violence, de dol ou d'erreur de fait. (Fenet t. 2. p. 158.)

Cet article a disparu lors de la rédaction définitive de notre titre.

l'erreur comme une cause de nullité qui n'aurait d'autre résultat que de faire renaître le communisme et que, de l'autre, il admet, à certaines conditions, la lésion comme un cas de rescision dont cependant il ne tient aucun compte dans les autres actes juridiques.

Que nous auraient donné, appliquées au partage, les règles de l'A. 1110 ?

Que doit-on, en cette matière, comprendre par erreur sur la substance ? Nous répondons sans hésiter : ce que l'on entend par erreur sur la substance en matière d'échange, car le partage n'est qu'un échange de parts indivises, puisque ce que chaque copartageant acquiert des autres est la contre-valeur de ce qu'il aliène à leur profit.

Si donc Pierre et Paul conviennent d'échanger entre eux deux tableaux, dont l'un, attribué à Rubens, appartient à Pierre et l'autre, attribué à Meissonnier, appartient à Paul et que Pierre, par exemple, ne consente à cet échange que parce qu'il croit le tableau de Paul dû au pinceau de Meissonnier, l'action en nullité pour cause d'erreur lui appartiendra. De même si nous attribuons à ces deux personnes la qualité de copropriétaires de plusieurs choses parmi lesquelles se trouvent ces deux tableaux, il peut très bien arriver que l'assentiment donné par Pierre au partage des choses indivises soit, dans sa pensée, subordonné à cette condition que le tableau mis dans son lot soit Meissonnier.

Et dans cette hypothèse, d'après l'application de l'A. 1110, nous accorderons à Pierre, s'il s'est trompé, l'action en nullité pour faire tomber le partage, car il aura commis, comme dans le cas d'échange, une erreur sur la substance de la chose, ou plutôt d'une des choses, objet de la convention. Mais l'A. 887 n'autorise pas cette décision, et le partage tiendra malgré l'erreur. Il est

vrai que cette erreur pourra entraîner une lésion de plus du quart pour Pierre si la toile attribuée au célèbre peintre n'est qu'une copie sans valeur ; ce sera alors le moment de faire intervenir l'alinéa 2 de l'A. 887, qui fait de la lésion une cause spéciale de rescision des partages, mais une cause indépendante de l'erreur et qui existerait en son absence même. Il n'en reste, toutefois, pas moins acquis que l'erreur sur la substance, qui, ici, peut très bien ne pas se confondre avec la lésion, n'a aucune influence sur la validité du partage. Pourquoi ? Parce qu'en cette matière, c'est surtout la valeur pécuniaire des choses, comprises dans la masse à partager, que les parties prennent en considération. La substance même des choses indivises n'a pour elles qu'une importance secondaire, et si le législateur avait pris en considération l'erreur sur les qualités substantielles des choses comprises dans la masse, il en serait résulté deux graves inconvénients. Tout d'abord, un partage laisse parfois quelque mécontentement dans l'âme de quelques-unes des personnes qui y ont figuré. Que l'une d'entre elles se croie lésée, elle invoquera certainement toutes sortes de raisons pour qu'il soit revenu sur la chose faite. A défaut d'une lésion de plus du quart, elle aurait cherché, si la loi l'avait permis, à arguer d'une erreur sur la substance, et sous ce prétexte elle serait arrivée à faire rescinder le partage, pas toujours, évidemment, mais enfin à cela rien d'impossible. La règle de l'A. 887-2 eût été tournée, les droits de tous remis en question. La loi ne voulait pas de ce résultat contraire à son désir de consolider la propriété et de ménager le repos des familles.

Ensuite, le partage portant sur un grand nombre de choses, l'erreur sur la substance en aurait été d'autant plus fréquente et par conséquent d'autant plus dangereuse. D'ailleurs, en toute justice, la déception que pourra éprouver chaque partie

à l'égard d'une des choses mises dans son lot et dont la considération aura pu la pousser à accepter la répartition, sera compensée le plus souvent par des avantages qu'elle n'avait pas prévus. Voilà plus qu'il n'en faut pour justifier la décision spéciale du législateur en matière d'erreur sur la substance relative au partage.

Quant à l'erreur sur la personne, il faut, pour l'apprécier, se mettre dans une situation telle que, malgré cette erreur, le partage existe. Il s'agit de savoir si cette erreur le rend annulable : par exemple Pierre partage avec Paul, qui se présente à lui comme le véritable ayant droit et qui l'est en réalité. Mais Pierre, croyant avoir en face de lui une personne qui porte le même nom et avec laquelle il a mille raisons de se montrer conciliant, consent à une certaine répartition qu'il n'aurait pas soufferte s'il avait su quel était son véritable copartageant. C'est une erreur et une erreur déterminante, non du partage en lui-même, mais de ce partage que Pierre et Paul viennent de faire : l'A. 1110 devrait s'appliquer et il ne s'applique pas ; pourquoi ? Parce que, d'abord, c'est une hypothèse très rare et qu'ensuite, si elle se présente, elle pourra donner lieu à la naissance de l'action en nullité pour cause de lésion. Enfin le législateur préfère le maintien de ce contrat, même inégal, aux inconvénients qui résulteraient d'une rescision, tant pour le copartageant que pour les tiers qui ne sont pas responsables d'une erreur qu'ils ne pouvaient prévoir et sur laquelle leur attention n'a pu être attirée.

Mais, tout en portant sur l'identité de la personne, l'erreur peut être telle qu'elle conduise à admettre au partage une personne qui n'est pas le véritable ayant droit à la place de celle qui a cette qualité. Par exemple, au lieu de Paul de Paris qui est appelé au partage, on admet Paul de Lyon. Il advient alors que le partage est inexistant, car l'élément volon-

taire n'est pas composé par les consentements qui devaient y figurer, — ce n'est plus un cas de nullité relative, mais d'inexistence du contrat. C'est ce qui ressort nettement de la lecture de l'A. 1078, relatif aux partages d'ascendants, qui prévoit la même hypothèse, c'est-à-dire l'absence d'un ayant droit, et qui doit être appliqué ici. A. 1078 : « si le partage n'est pas fait entre tous les enfants qui existeront à l'époque du (alin. 1) décès et les descendants de ceux prédécédés, le partage *sera nul pour le tout*. » Ce résultat se produira, que cette admission ait été ou non la conséquence d'une erreur. Celle-ci n'a donc pas ici d'influence propre.

Que si on admet au partage une personne qui n'y avait aucun droit, *en supposant* d'ailleurs que tous les ayants droit y aient pris part, les biens attribués à tort à cette personne seront l'objet d'un partage supplémentaire. Ce cas est implicitement prévu par l'A. 887 in fine, qui dispose « *que la simple omission d'un objet de la succession ne donne pas ouverture à l'action en rescision, mais seulement à un supplément à l'acte de partage.* »

Il s'agit là, d'ailleurs, d'une erreur sur la qualité qui, d'après le droit commun, n'aurait pas, pour nous, donné ouverture au cas de nullité.

Enfin, l'erreur sur la qualité de l'un des copartageants qui ne s'est présenté qu'en qualité par exemple de successible, alors qu'il avait de plus celle de légataire, en vertu d'un testament du défunt, alors inconnu, n'est pas une cause de nullité ou rescision du partage, comme l'a décidé un arrêt de la Cour de cassation du 17 novembre 1858. Le légataire revendiquera les objets qui lui ont été légués contre ceux de ses cohéritiers qui les détiennent, et ceux-là se feront raison entre eux par l'action en garantie, car on a compris, dans

le partage, des biens qui n'appartenaient pas à la succession (1).

L'erreur n'a donc pas par elle-même et par elle seule d'influence sur la validité du partage; *elle est indifférente*, comme a dit Treilhard.

II. — *Actes unilatéraux*

A côté des actes juridiques dans lesquels l'élément volontaire est double et qui constituent des conventions ou actes bilatéraux, il existe d'autres actes qui sont vivifiés par la volonté d'un seul individu. Ces actes unilatéraux peuvent créer des obligations non conventionnelles que le législateur désigne sous le nom d'engagements (A. 1371), et qu'il étudie au titre IV du livre III de notre Code civil, mais ce ne sont pas les seuls dont nous ayons à nous occuper. Dans d'autres hypothèses, dans d'autres situations à fixer, la volonté joue un rôle prépondérant, nécessaire, quoique insuffisant, et nous devons rechercher quelle peut être, en ces matières, l'influence juridique de l'erreur sur la volonté.

Remarque. — Il est temps de rappeler, avant de commencer

(1) Dans le cas où l'un des cohéritiers, outre sa part héréditaire, a touché, en qualité de légataire, un quart de la succession première, en vertu d'un testament dont on ignorait la révocation à l'époque du partage, nous admettrions la même solution, le quart indûment touché devrait être l'objet d'un supplément de partage. — De même ici, un arrêt de la Cour de Toulouse, du 19 janvier 1824, accorde une action en nullité pour cause d'erreur.

D'après un arrêt de la Cour de Lyon du 6 août 1857 (1858 p. 288. J. Palais), l'A. 1110 s'applique au partage et autorise la nullité pour cause d'erreur sur la substance de l'objet du partage, lorsque l'un des copartageants s'est trompé sur la validité d'un préciput qu'un auteur commun avait attribué à l'autre copartageant dans son contrat de mariage.

l'étude de notre théorie, par rapport aux actes unilatéraux, que les principes posés au titre des contrats ont une portée générale et doivent s'appliquer à tous les actes dans lesquels la volonté de l'homme intervient. C'est donc l'A. 1110 qui devra nous servir de guide et de point de repère. Nous resterons d'ailleurs plutôt en deçà qu'au delà des limites qu'il a tracées à l'influence juridique de l'erreur, et les cas de nullité relative créés par ce vice spécial du consentement nous apparaîtront moins fréquemment qu'en matière de conventions. L'erreur sur la personne dont on comprend l'importance à la seule lecture de l'A. 1110-2 ne paraît pas de voir s'appliquer aux actes unilatéraux, le texte même s'y oppose. L'assimilation des deux catégories d'actes volontaires est sur ce point difficile à faire, non pas que l'erreur sur la personne devra toujours être considérée comme indifférente, car il lui arrivera parfois de priver de toute vie juridique l'acte qu'elle aura déterminé, mais parce que, par la force même des choses, elle le sera le plus souvent.

DES QUASI CONTRATS DE GESTION D'AFFAIRE ET DE PAIEMENT
DE L'INDU

La gestion d'affaire est un acte par lequel on s'occupe volontairement du patrimoine d'un tiers comme si l'on avait reçu mandat de ce tiers ; il fait naître, entre les parties, des obligations analogues à celles qui résulteraient d'un contrat de mandat — d'où sa qualification de quasi contrat de mandat. La personne intervient donc par une manifestation de volonté qui, à elle seule, fait naître des engagements réciproques. La volonté joue donc un rôle dans la gestion ; or, cette volonté,

c'est l'intention de celui qui gère ; il faut qu'il ait l'intention de gérer, sinon il n'y a pas quasi contrat.

Mais, si nous supposons que cette intention de gérer l'affaire d'autrui existe, ne peut-il se faire qu'elle ait été déterminée par une erreur, et dès lors quelles conséquences juridiques en devons-nous tirer ?

Comment entendre l'expression d'erreur sur la substance même de la chose employée par l'A. 1110-1 ? Le gérant peut se tromper soit sur la chose, objet de son obligation née du fait qui lui est personnel, soit sur la chose, objet de l'obligation du maître de l'affaire gérée. — Par rapport à son obligation propre, le gérant a pu être amené à la faire naître par suite d'une erreur qui l'a empêché d'en apercevoir toute l'étendue, car cette obligation est une obligation de faire. L'erreur sur la substance de la chose, devient l'erreur sur la substance de l'obligation. — Il en est de même d'ailleurs, si l'erreur du gérant porte sur l'obligation du maître.

Une telle erreur va-t-elle permettre au gérant, par exemple, d'opposer l'exception de nullité au maître qui lui demandera d'exécuter complètement son obligation, d'achever la gestion commencée jusqu'à ce qu'il soit en état d'y pourvoir lui-même ? Non, l'art. 1372 s'y oppose, l'erreur n'a aucune influence. La loi présume que le gérant connaît entièrement les conséquences de l'acte qu'il entreprend et qu'il a dû mûrement envisager sous tous ses rapports ; car rien ne le forçait à prendre en main les intérêts d'autrui. Cette décision n'est pas de nature à lui porter préjudice, puisqu'il n'a qu'à agir utilement pour être indemnisé de toutes ses dépenses.

Quant à l'erreur sur la personne du dominus rei gestæ, malgré l'A. 1110-2, qui semble ne la sanctionner qu'autant qu'il s'agit d'une convention, nous croyons qu'elle doit avoir

ici une place, et une place importante. Mais il ne s'agit que d'une importance toute théorique.

La gestion d'affaires est un quasi-contrat soumis à des règles analogues à celles du mandat, et il y a bien des raisons pour donner, en matière de gestion d'affaire, à l'erreur sur la personne une influence juridique. Le gérant ne consent bien évidemment à se charger des affaires d'autrui que dans une pensée non pas de libéralité, quoiqu'il donne son temps et sa peine, mais tout au moins de bienfaisance, de solidarité qui ne peut s'expliquer et n'a sa raison d'être que dans l'estime particulière qu'il porte au maître de l'affaire. S'il se trompe sur la personne de ce dominus, ne doit-il pas être dans la même situation que le mandataire qui, par la même erreur, aurait le droit de demander la nullité ? L'erreur qu'il commet est si grosse, elle affecte tellement sa volonté que Pothier décidait que la gestion était inexistante, car il estimait que le gérant devait avoir l'intention de gérer les affaires d'une personne déterminée. Avec une telle théorie, l'erreur sur la personne prive l'acte de gestion de tout élément volontaire, le rend inexistant, et si elle était admise encore aujourd'hui, elle aurait une grande importance pratique, puisqu'elle autoriserait le dominus à se prévaloir de cette inexistence pour repousser l'action du negotiorum gestor. Mais nous n'allons pas aussi loin et nous ne faisons de l'erreur sur la personne qu'une simple cause de nullité, qui ne peut être invoquée que par le gérant. Celui-ci ne le fera sûrement que lorsqu'il y trouvera son intérêt, ce qui, pratiquement, sera très rare. On peut toutefois comprendre qu'en certaines situations, le gérant cherche à invoquer cette nullité. On sait que l'A. 1372 l'oblige à achever la gestion commencée jusqu'à ce que le propriétaire soit en état d'y pourvoir lui-même. Une telle obligation peut être fort lourde, peut-être d'une longue durée,

et on conçoit parfaitement le désir que peut avoir le gérant de s'y soustraire. S'il s'est trompé sur la personne du propriétaire, qu'il prouve que la considération de la personne a été la cause déterminante de sa gestion, et il sera dans l'esprit, sinon dans les termes de l'A. 1110-2; il pourra, utilement pour lui, obtenir la nullité.

On voit donc que la gestion d'affaire sera rarement rescindable pour cause d'erreur. L'erreur sur la substance n'y reçoit aucune application — et l'utilité de la nullité pour cause d'erreur sur la personne n'est pas souvent pratique.

Passons au paiement de l'indû, dans l'étude duquel nous ne verrons apparaître aucune application de la nullité relative telle qu'elle est réglée par l'A. 1110, ni même du principe rationnel que l'erreur qui détermine la volonté la vicie.

Le paiement de l'indû, c'est le fait d'opérer une prestation à laquelle on n'est pas tenu. Un tel acte peut seulement s'expliquer, ou bien par la volonté de celui qui a fourni la prestation de faire une libéralité, ou bien par ce fait qu'il a payé une dette dont il se croyait débiteur envers celui qui a reçu la prestation. Dans le premier cas, le « solvens » a agi en toute connaissance de cause et les résultats de cet acte, qui ne laisse pas place à l'erreur, sont en dehors d'une étude sur les vices du consentement. Dans le second cas, l'erreur est la cause déterminante de la volonté qu'il a eue de payer, et cette erreur porte sur la cause de l'acte juridique qu'il a voulu faire. Rationnellement, une telle erreur devrait constituer une cause de nullité relative, mais nous savons qu'il n'en est rien, car elle a dans notre droit une influence beaucoup plus grave : — elle rend le paiement inexistant, non pas qu'elle prive le paiement de tout élément volontaire, elle le vicie seulement, mais parce qu'elle porte sur l'existence même de la cause dont l'absence réelle est seule (A. 1131)

le motif juridique de l'inexistence, de la nullité radicale du paiement.

Aussi croyons-nous que l'erreur n'est une condition d'exercice de la répétition de l'indû, que parce que, en son absence, la loi présume que le solvens a voulu faire un acte valable qui, dans la circonstance, ne peut être qu'une libéralité. Si donc le solvens établissait qu'il n'a pas voulu faire une libéralité sans arguer de l'erreur, le paiement n'en serait pas moins inexistant et l'action en répétition devrait lui appartenir, car sa volonté est impuissante à donner la vie à un acte juridique qui n'a pas de cause autre que sa volonté même.

Art. 1376. — Si maintenant nous supposons que le solvens, débiteur de la prestation qu'il a opérée, a fourni la prestation à un autre que celui qui est son véritable créancier, il est fort probable qu'il a voulu faire une libéralité à l'accipiens ou bien qu'il a commis une erreur sur la personne. Dans cette dernière hypothèse, nous sommes encore en face d'un paiement fait sans cause, car il ne suffit pas de payer ce que l'on doit à une personne quelconque, pour que ce paiement fait une cause, mais encore il faut payer au véritable créancier. L'erreur sur la personne est donc ici, encore, telle qu'elle prive de toute vie juridique l'acte qu'elle a déterminé.

Dans le cas de l'A. 1377, où le solvens a acquitté par erreur une dette dont il se croyait tenu, et qui, en réalité, était due par un autre, l'erreur porte encore sur la cause, et l'action en répétition lui appartient contre l'accipiens. Mais s'il savait qu'il n'était pas tenu de cette dette, il a agi pour gérer l'affaire du véritable débiteur ou lui faire une libéralité. L'accipiens n'a pas reçu l'indû, mais le solvens a payé ce qu'il ne devait pas lui-même. Ne peut-il, dans cette situation, avoir été porté à agir ainsi, par suite d'une erreur sur la personne du véritable débiteur, et cette erreur ne lui permettra-t-elle pas

d'agir en répétition? Non, l'A. 4377 est formel, il exige l'erreur et une erreur portant sur l'existence d'une dette à la charge du solvens. Mais du moins, ne pourra-t-il pas agir par l'action en nullité contre l'accipiens? La réponse demande une distinction. Le solvens a-t-il voulu gérer l'affaire du véritable débiteur; l'erreur sur son identité, nous l'avons vu, constitue une cause de nullité qui lui permet d'obtenir la rescision, vis-à-vis du dominus rei gestæ ; mais peut-il agir de même vis-à-vis de l'accipiens avec lequel il a fait la convention de paiement? Nous ne le croyons pas, car une telle erreur porte, vis-à-vis de ce dernier, sur les motifs, et l'A. 4410 n'autorise pas ici la rescision. Si le solvens a voulu faire une libéralité au véritable débiteur, c'est encore une erreur sur les motifs qui l'a déterminé à payer ce qu'il ne devait pas à l'accipiens. L'action en nullité lui sera également refusée.

Tout cela pour dire que, vis-à-vis de l'accipiens, le paiement ayant une cause, l'action en répétition ne peut être dirigée contre lui, et qu'en ce qui concerne l'action en nullité, elle n'appartient pas au solvens, car son erreur ne porte que sur les motifs de l'acte juridique du paiement.

L'acceptation d'une succession, la renonciation, sont des manifestations de la volonté qu'a le successible de demeurer ou de ne pas demeurer héritier. Ce sont donc des faits juridiques, dans lesquels la volonté, et cette volonté spéciale déterminée, d'accepter ou de renoncer, est un élément essentiel, nécessaire. Lorsque cette volonté spéciale existe valablement, c'est-à-dire dans les hypothèses où la loi la sanctionne, lorsque ce fait, acceptation, renonciation de succession est vivifié par la volonté, il existe juridiquement, et, en principe, il est irrévocable, définitif. Celui qui l'a voulu ne peut pas être admis à revenir sur sa décision. L'acceptation, la

renonciation à une succession sont des actes irrévocables, — voilà le principe.

Rationnellement cette volonté spéciale, déterminée d'accepter ou de renoncer peut être le résultat d'une erreur, en l'absence de laquelle elle n'aurait pas existé. La loi sanctionne-t-elle cette conséquence du principe rationnel et accorde-t-elle à celui qui s'est ainsi trompé une action en nullité? Le caractère spécial d'irrévocabilité, qui s'attache à ces actes, s'oppose évidemment à une extension des règles émises par l'A. 1110, mais, bien plus, la nature même de ces actes ne permet aucune application de ces règles. Ce résultat auquel nous allons être conduits par le raisonnement, la loi l'a consacré dans l'A. 783. « *Le majeur ne peut attaquer l'acceptation expresse ou tacite, qu'il a faite d'une succession, que* », etc..., et il en est de même en matière de renonciation.

En effet, d'un côté, il est impossible de concevoir une erreur sur la personne cause d'une nullité relative, toute erreur sur la personne ayant pour conséquence de rendre l'acceptation et la renonciation inexistantes. L'erreur sur la personne ne peut être qu'une erreur sur l'identité du de cuius et, par conséquent, elle est telle que celui qui a accepté ou renoncé à la succession de Paul, croyant accepter ou renoncer à celle de Pierre, n'a pas eu cette volonté spéciale d'accepter ou de renoncer à la succession de Paul. L'erreur a empêché ces faits juridiques d'être vivifiés par la volonté, ils sont inexistants.

D'un autre côté, l'erreur sur la substance d'une succession n'est autre qu'une erreur sur la valeur de cette succession et on sait que cette erreur, quoique pouvant être rationnellement substantielle, déterminante, n'a pas légalement ce caractère. Lorsque nous disons que l'erreur sur la succession est une erreur sur sa valeur, nous nous basons sur ce que

arrive le plus souvent, un successible prenant, la plupart du temps, pour se déterminer, en considération la qualité pécuniaire de la succession à laquelle il est appelé. — C'est cette constatation exacte qui a déterminé le législateur à priver de tout effet juridique l'erreur sur la substance en matière de succession.

En cette matière l'erreur est plus qu'en toute autre imputable à celui qui la commet, lui seul doit en supporter les conséquences. La loi lui accorde, pour prendre parti, des délais assez longs pour qu'il agisse en connaissance de cause. L'équité est d'accord avec la loi pour refuser au successible toute action en nullité basée sur l'erreur.

Toutes ces considérations se retrouvent et produisent les mêmes résultats lorsqu'il s'agit de la communauté. La femme qui a accepté ou qui a renoncé n'est pas admise à revenir sur sa décision, quelque erreur qu'elle ait commise.

L'erreur sur la personne ne se conçoit pas, et celle sur la substance n'est, comme en matière de succession, qu'une erreur sur la valeur de la communauté.

Tout ce que nous venons de dire relativement à l'acceptation ou la renonciation s'applique de point en point à l'acceptation ou à la renonciation à un legs faite par le légataire. Il en est ainsi du moins lorsqu'il s'agit d'un legs universel. L'erreur sur la substance peut exister au contraire si l'on suppose un legs particulier. Le légataire aura pu être déterminé à accepter ou à refuser par une erreur portant sur une qualité de la chose objet du legs, et rien ne s'oppose à ce qu'il soit fait, dans cette hypothèse, application de l'A. 1110-1.

Dans tous ces actes juridiques volontaires unilatéraux que nous venons de passer en revue, nous n'avons relevé aucune extension de la limitation apportée par l'A. 1110 au principe rationnel des effets de l'erreur sur la volonté.

Celui qui nous reste à examiner est celui dans lequel l'élément volontaire de l'individu a la plus grande importance : l'acte par lequel une personne dispose de son patrimoine pour le temps ou elle n'existera plus, le testament en un mot, est-il soumis aux règles émises par l'A. 1110 d'une façon aussi étroite, ou bien doit-on, au contraire, décider que le principe rationnel que toute erreur déterminante de la volonté « la vicie », reçoit une entière, une complète application. Notre sentiment immédiat et qui s'accorde logiquement avec la théorie de l'erreur telle que nous avons essayé de l'établir est qu'il faut appliquer purement et simplement l'A. 1110. A cette question, l'erreur sur les motifs entraîne-t-elle la nullité des dispositions de dernière volonté ? nous croyons qu'il faut répondre par la négative.

Quelles raisons, en effet, pourrait-on invoquer pour admettre l'opinion adverse ? Nous n'en voyons aucune qui, rationnellement, ne pourrait être prise en considération, lorsqu'il s'agit d'autres actes juridiques volontaires. Dès lors existe-t-il juridiquement des motifs assez solides pour permettre d'aller contre la limitation formelle de l'A. 1110 ? Peut-on pour la combattre invoquer l'A. 901 qui décide que : « Pour faire une donation entre vifs ou un testament, il faut être sain d'esprit » ? — Non, ce texte, par insécurité d'esprit, ne peut raisonnablement viser l'hypothèse d'une erreur qui, si elle a obscurci l'intelligence du testateur, ne l'a pas supprimée : autrement quand pourrions-nous croire à la parfaite santé de notre esprit ? — Les travaux préparatoires démontrent avec évidence que cet article 901 n'a eu d'autre but que d'éliminer, en matière de donation et testament, l'application de l'A. 504 de Code civil. Il est donc hors de cause.

En matière d'actes à titre gratuit, le rédacteur du code n'a pas émis de théorie spéciale sur les vices du consentement.

Ce sont les principes généraux, par conséquent, qui doivent s'appliquer, et ils s'opposent complètement à toute extension non justifiée de l'A. 1110. — L'erreur sur les motifs, pas plus dans les donations que dans les testaments, ne peut être considérée comme une cause de nullité.

Nous ajouterons d'ailleurs que cette manière d'interpréter la loi est la seule qui permette de respecter, dans la plupart des cas, la volonté du défunt. On se rappelle en effet les raisons qui ont fait limiter très strictement les effets juridiques de l'erreur sur la volonté. Ces considérations se retrouvent pour les testaments plus impérieuses encore qu'en matière d'actes entre vifs. Dans ceux-ci, c'est celui-là même qui s'est trompé qui vient demander au juge de réparer le tort qu'il s'est lui-même causé, et cependant, en principe, la loi lui défend de l'écouter, parce qu'elle craint surtout de lui donner un pouvoir dont il ne pourra user en toute connaissance de cause et avec certitude de rendre une bonne justice. Ici l'auteur de l'acte juridique n'est plus, le juge n'a même pas, par conséquent, devant lui celui qui s'est trompé ; comment pourrait-il, dans cette situation, se procurer plus de lumière pour éclairer les véritables causes d'une volonté dont l'auteur même a disparu.

Bien au contraire, ceux qui invoqueront l'erreur seront ceux-là mêmes qui auront été dépouillés par le testateur, ceux-là mêmes qui ont le plus intérêt à ne pas respecter la volonté du défunt, et leur intérêt, stimulé par la haine et la rancune d'un espoir déçu, ne trouvera-t-il pas pour se satisfaire de quoi persuader au juge qu'un des nombreux motifs qui peuvent justifier une libéralité a été la cause déterminante de cette dernière volonté, et qu'il est le résultat d'une erreur.

A la vérité, une telle décision peut paraître, en face d'es-

pèces intéressantes, contraire à toute équité, à toute justice ; mais ce caractère peut également se présenter lorsqu'il s'agit d'actes entre vifs, gratuits ou à titre onéreux : il ne saurait donc avoir plus d'influence dans ce cas que dans tout autre. Cependant, lorsque, d'après les termes mêmes du testament, il résultera que la volonté du de cujus est entièrement subordonnée à la réalisation de certains faits dont la supposition est la condition même de l'existence de cette volonté, la nullité de la libéralité s'en suivra nécessairement. Ce n'est d'ailleurs en cette hypothèse que le respect scrupuleux de la volonté du défunt, volonté qui apparaîtra certaine aux yeux de tous. Le seul tempérament qui puisse être admis, en matière de testaments, c'est qu'il sera permis au juge de considérer plus facilement que d'ordinaire la réalisation de ces faits comme la condition même de la libéralité. Mais alors nous sortons de la théorie de l'erreur pour entrer dans celle de la condition : aussi concluons-nous que nous restons en face de l'application pure et simple de l'A. 1110, c'est-à-dire : exclusion de l'erreur sur les motifs, admission de celle sur la substance de la chose, objet du legs, difficile à prouver, admission de celle sur la personne qui détruit, ici, la volonté de gratifier et rend le legs inexistant.

DEUXIÈME PARTIE

DU DOL

THÉORIE GÉNÉRALE ET APPLICATION

Une étude générale du Dol aurait par maints endroits des liens intimes avec la théorie des vices du consentement, et plus particulièrement de l'erreur, mais parfois elle s'en écarterait complètement. Il faut donc, précisant les notions diverses du Dol, tel qu'il nous est présenté par le Code civil, faire le départ très net entre ce qui doit rentrer dans la matière de notre sujet et ce qui doit en être absolument éliminé.

Le Code civil emploie cette expression de Dol dans deux sens qui doivent être très nettement définis. En effet, d'une part, l'A. 1109 et l'A. 1116, relatifs aux vices du consentement, ont en vue la formation d'un acte juridique volontaire, plus exactement d'un contrat, d'où il devra naître des obligations. D'autre part, l'A. 1151 s'occupe de l'évaluation des dommages et intérêts dus par le débiteur qui, par son Dol, s'est soustrait à l'exécution de son obligation. Dans la première hypothèse, l'auteur du Dol a pour but la détermination de la volonté d'un des contractants dans un sens

donné : la formation d'un contrat ; dans la seconde, il ne s'agit plus d'agir sur la volonté, il ne s'agit plus de la création d'une obligation, mais, au contraire, d'éviter l'exécution d'une obligation existante, et l'auteur du Dol travaille lui-même à ce résultat sans la participation de son créancier qui sera victime du Dol.

Dans les deux cas, l'intention de nuire existe, un dommage peut en résulter ; mais les moyens employés pour la réalisation de ce genre de délit sont différents en ce que, dans le cas de l'A. 1109, à la différence de ce qui a lieu pour l'A. 1151, ce délit ne peut exister qu'avec la participation de la victime du Dol.

Suivant l'A. 1109-1116, le Dol consiste à faire naître une erreur dans l'esprit d'autrui, de façon à faire prendre à quelqu'un une résolution qu'il n'eût pas prise sans cela ; il consiste essentiellement à tromper l'intelligence, aboutit à une décision due à une erreur. Son but, en un mot, c'est la détermination de la volonté, tandis que, dans l'A. 1151, il aboutit simplement à une déception du créancier trompé ; là il ne s'agit plus de faire naître une erreur dans l'esprit d'autrui. C'est donc parce que le Dol fait parfois naître une erreur déterminante de la volonté qu'il se rattache à la théorie des vices du consentement, et c'est seulement parce qu'il a cet effet et lorsqu'il l'a, que nous devons nous en occuper. L'A. 1151 et l'hypothèse qu'il prévoit ne peut pas nous arrêter plus longtemps, il faut immédiatement l'écarter. Ce n'est pas le Dol qui est par lui-même un vice de la volonté ; c'est l'erreur qu'il a pour but de créer dans l'intelligence de l'individu, et rationnellement il ne peut être considéré comme viciant la volonté. Le vice, c'est l'erreur ; or nous savons que, légalement, celle-ci n'est une cause de nullité du consentement que lorsqu'elle porte sur certains éléments de l'acte juridique

qu'elle a déterminé, qu'en principe elle n'est pas une cause juridique de la nullité. Mais cette règle n'est pas applicable lorsque l'erreur est la suite d'un dol, de manœuvres déloyales, qui l'ont produite; en effet, l'A. 1116 décide :

« Le Dol est une cause de nullité de la convention lorsque les manœuvres pratiquées par l'une des parties sont telles qu'il est évident que, sans ces manœuvres, l'autre partie n'aurait pas contracté. »

D'où, pas de distinction possible ; quel que soit l'élément de l'acte juridique sur lequel l'erreur ait porté, lorsqu'elle est la suite d'un Dol et lorsque, d'ailleurs, elle est la déterminante de la volonté qui a produit cet acte, elle est une cause de nullité, un vice du consentement sanctionné par la loi.

Le principe rationnel que toute erreur déterminante de la volonté la vicie, retrouve toute son application ; le Code ne l'écarte plus, il l'admet complètement et en tire toutes les conséquences que nous en avons logiquement déduites. C'est pour cela que, dans le langage juridique, on appelle le Dol un vice de la volonté, quoique logiquement il se confonde avec l'erreur. C'est ainsi que l'erreur inspirée par le Dol sera toujours une cause de nullité quand elle sera telle que la victime du Dol n'aurait pas eu la volonté de faire un acte juridique déterminé si elle avait connu la vérité, tandis que l'erreur ayant une cause étrangère au Dol ne porte atteinte à la validité ou à l'existence de l'acte juridique que lorsqu'elle tombe sur la cause de l'acte, sur la substance de la chose ou sur la personne, dans les cas exceptionnels où il s'agit d'un acte fait intuitu personæ.

Par exemple, l'erreur sur les motifs qui, rationnellement, devrait entraîner nullité du consentement, n'a aucune influence légale quand elle n'aura pas été inspirée par le Dol. C'est l'existence du Dol qui lui donnera, juridiquement, un pou-

voir qu'elle n'avait pas, d'après les termes mêmes de l'A. 1110.

De tout cela, il ressort nécessairement que le Dol n'est une cause de nullité que parce qu'il produit une erreur, et à la condition que cette erreur soit la cause déterminante de la volonté. C'est ce que décide l'A. 1116, qui exige, pour qu'il ait ce résultat, qu'il soit la cause du contrat ; *dolus dans causam contractui*. C'est là la seule condition nécessaire à l'existence de la nullité ; le raisonnement et l'A. 1116 n'en exigent point d'autres. Bien entendu, le plus souvent, la victime du Dol subira un préjudice, et c'est ce préjudice, que sa volonté viciée aura elle-même créé, qui la déterminera à intenter l'action pour obtenir réparation du dommage qui lui a été causé ; mais, alors même que cette lésion ferait défaut complètement, l'action ne lui en appartiendrait pas moins. Le fondement de la nullité pour cause de Dol n'est pas une pure action en dommages et intérêts, mais seulement le vice du consentement. Rationnellement, cela ne fait aucun doute et, juridiquement, il en est de même puisque le Dol n'est un vice de la volonté que parce qu'il est la cause d'une erreur et lorsqu'il est la cause d'une erreur. Or l'erreur, à elle seule, suffit pour faire naître la nullité, sans qu'il y ait à se préoccuper du point de savoir si elle a créé ou non un dommage. En un mot, le Dol peut être à la fois un vice du consentement et un délit, ou seulement un vice du consentement ou seulement un délit. — Il constitue un délit qui vicie la volonté lorsque, déterminant la volonté, il est en outre la cause d'un préjudice. S'il n'y a pas préjudice, et s'il a déterminé la volonté, il n'est qu'un vice du consentement qui permet de demander la nullité de l'acte juridique imparfait. Lorsqu'il n'est que la source d'un préjudice, il ne donne naissance qu'à l'application de l'A. 1382 du Code civil.

De nombreux auteurs, et des plus considérables, soutiennent que le Dol n'est une cause de nullité que s'il est la source d'un dommage ; c'est dire que le fondement de la nullité du Dol est non le vice du consentement qui en résulte, mais l'obligation de réparer le dommage causé. C'est faire de l'action en rescision pour Dol une action personnelle et non réelle et, dans l'hypothèse d'une convention, n'autoriser la nullité que dans les cas où le Dol provient de l'une des parties contractantes, et cela sans aucune exception. — Nous examinerons plus en détail cette doctrine lorsque nous nous occuperons des conventions entachées de Dol. Auparavant, et contrairement à la marche que nous avons suivie en matière d'erreur imputable à son auteur, nous allons étudier l'application de la théorie du Dol, vice du consentement, aux actes unilatéraux, seuls soumis entièrement et sans exception aux règles rationnelles découlant logiquement des effets de l'erreur sur la détermination de la volonté. C'est d'ailleurs toujours l'A. 1116 qui devra nous guider dans cette étude, mais nous devons en écarter tout ce qui n'est pas conforme à l'idée que nous nous sommes faite de la théorie du Dol. Ce texte pose à la fois une règle et une exception : la règle, nous la connaissons, il ne nous reste qu'à l'examiner et à l'appliquer plus en détail. Quant à l'exception, elle n'est relative qu'aux actes bilatéraux, cela ressort de la lecture même de la loi. Elle est contraire au principe rationnel que nous connaissons, et ne se justifie que par des considérations pratiques, qu'il faudra préciser en temps et lieu.

Étudions donc la théorie rationnelle et légale, relativement aux actes unilatéraux, et principalement ceux expressément visés par le Code.

ACTES VOLONTAIRES UNILATÉRAUX

L'A. 1116, en exigeant que le Dol, pour être une cause de nullité, ait été pratiqué par l'une des parties, ne vise bien évidemment que l'hypothèse d'une convention. Il suppose, en effet, un acte juridique qui ne peut prendre naissance que par le concours de deux volontés, et il appelle *parties* les personnes dont doivent émaner ces deux volontés ; c'est le seul sens qui doit être accordé à cette expression de *parties*. D'une façon générale, on peut être partie à un acte sans y avoir fait paraître sa volonté, mais c'est dans le sens plus restreint de personne ayant par sa volonté concouru à la formation d'un acte volontaire que cette expression doit être entendue, en notre matière. L'A. 1116 exclut de son application les actes juridiques volontaires où il n'y a, hoc sensu, qu'une seule *partie*, celle dont la volonté est un élément essentiel et suffisant pour leur validité, *les actes unilatéraux*. Ceux-ci restent donc sous l'empire du principe légal que le Dol est un vice du consentement ; peu importe quel en soit l'auteur ; autrement, par leur nature même, ils y échapperaient. Rationnellement, la volonté est viciée avec autant de force lorsque le Dol, cause de l'erreur, a été pratiqué par un tiers que lorsqu'il est le fait d'une des parties contractantes, et s'il n'en est pas juridiquement ainsi, en matière de conventions, ou plutôt de certaines conventions, c'est en vertu de considérations pratiques que nous aurons à rechercher plus tard. Posons en principe que ces raisons n'existent pas lorsqu'il s'agit d'actes unilatéraux, quitte à justifier ailleurs ce postulat.

Nous arrivons donc à cette conclusion que le Dol, cause d'un acte juridique unilatéral, le vicié et fait naître la nullité, quel que soit l'auteur du Dol. La loi et la raison sont d'accord pour admettre cette proposition ; appliquons-la.

Nous avons vu qu'en matière d'acceptation et de renonciation de successions et de communautés, l'erreur n'était pas une cause de nullité ; — que faut-il décider à l'égard du Dol ?

L'A. 783 autorise formellement la rescision de l'acceptation d'une succession, dans le cas où elle a été la suite d'un Dol pratiqué envers l'héritier ; c'est l'application pure et simple de la théorie du Dol. Le successible a été persuadé par des manœuvres dolosives que la succession à laquelle il était appelé était avantageuse, et par ce moyen on l'a déterminé à accepter cette succession qu'il se serait empressé de répudier s'il avait connu la vérité. L'acceptation est la conséquence, « la suite » du Dol pratiqué envers lui, puisque l'on suppose que, sans ce Dol, il n'aurait pas accepté. — Il pourra obtenir la rescision de son acceptation à la condition de prouver le Dol dont il se prétend victime, et cette condition, à elle seule, suffira. — Peu importe que le Dol ait été pratiqué par l'une des personnes intéressées à son acceptation, tel qu'un créancier ou un légataire, ou par tout autre, car aucune de ces personnes, les intéressés ou les autres, ne sont « parties » à l'acceptation, suivant le sens de ce mot dans l'A. 1116. L'acceptation résulte d'une manifestation de volonté unilatérale, et par là-même sa nature exclut forcément toute autre condition restrictive. D'ailleurs l'A. 783 lui-même est rédigé d'une manière bien différente de celle de l'A. 1116 ; il statue *generaliter et in rem loquitur*, tandis que l'A. 1116 est plutôt conçu en vue d'une hypothèse plus spéciale, moins large, et cette différence de rédaction prouve que le législateur a eu

l'intention de créer une différence juridique entre les deux situations. La doctrine est presque unanime avec la jurisprudence pour adopter cette manière de voir.

Notre article ne contenant aucune restriction et ne pouvant en contenir aucune du genre de celle de l'A. 1116, à moins de changer le sens de l'expression *partie*, il faut en conclure, *d'une part*, que le Dol pourra entraîner la rescision de l'acceptation, quel qu'en soit l'auteur, — et, *d'autre part*, que le texte contient la règle qui doit être appliquée à tous les actes unilatéraux.

L'A. 783 ne vise que l'hypothèse du Dol pratiqué envers l'héritier majeur; faut-il par un argument *a contrario* refuser cette cause de rescision à l'héritier mineur? Non, car on ne concevrait pas que le mineur fût moins protégé que le majeur, et, si la loi n'a parlé expressément que de ce dernier, c'est que ce secours de la rescision de l'acceptation sera rarement utile au mineur, qui ne peut accepter une succession que sous bénéfice d'inventaire, et, par conséquent, échappe à l'obligation de payer les dettes du *de cuius, ultravires*. Le texte a statué *de eo quod plerumque fit*. — On peut concevoir facilement des hypothèses, à la vérité exceptionnelles, où le mineur aura intérêt à intenter l'action en rescision, malgré son bénéfice d'inventaire. D'abord, il peut arriver que les charges lourdes et dangereuses d'une liquidation successorale ne soient pas en rapport avec le bénéfice que l'on espérait retirer de l'acceptation; et pour s'en décharger le mineur pourra invoquer le Dol, et utilement. Ensuite, l'acceptation, même bénéficiaire, laisse l'héritier soumis à l'obligation du rapport (A. 843) tandis que la renonciation seule lui permet de conserver ce qui lui a été donné (A. 845). Cela posé, et sans qu'il soit urgent de construire une espèce, on comprend que le mineur puisse avoir plus

d'intérêt à renoncer à la succession qu'à l'accepter, — et s'il a accepté sous la surprise d'un Dol, la rescision de son acceptation lui sera éminemment utile.

Le principe rationnel et légal qui vient de nous faire admettre la nullité de l'acceptation pour cause de Dol en matière de succession, doit posséder la même vertu lorsqu'il s'agit de l'acceptation de la communauté. L'A. 1455 décide que : « La femme majeure qui a pris dans un acte la qualité de commune ne peut plus renoncer ni se faire restituer contre cette qualité, quand même elle l'aurait prise avant d'avoir fait inventaire, *s'il n'y a eu Dol de la part des héritiers du mari.* »

A la lecture de ce texte, on relève immédiatement deux différences de rédaction avec l'A. 783. — Il ne vise en effet que l'acceptation tacite de la communauté, tandis que l'A. 783 visait, en outre, l'acceptation expresse de la succession : mais cette première différence ne peut être due qu'à une inadvertance du législateur, et ce qu'il dit de l'acceptation tacite doit également être entendu de l'acceptation expresse. Aucune raison de distinguer ne peut raisonnablement exister. Dans les deux cas, la qualité de commune prise par la femme résulte de la manifestation très nette de sa volonté, et, de quelque façon que sa volonté apparaisse, elle doit être régie par les mêmes règles. Dans les deux cas, elle pourra être viciée par un Dol.

Mais, au premier abord, la deuxième différence paraît plus grave, et si elle devait subsister dans le commentaire que nous avons à faire de ce texte, elle apporterait une importante exception à la théorie du Dol, relative aux actes unilatéraux, telle que nous l'avons présentée. En effet, l'A. 1455 n'accorde l'action en rescision pour cause de Dol contre l'acceptation que si le Dol a été pratiqué contre la femme par les héritiers du mari ; tandis que l'A. 783 n'apportait aucune restric-

tion. Pourquoi cette différence d'où découle une exception au principe ? Faut-il interpréter la loi au pied de la lettre ? Non, car l'exception ne peut aucunement se justifier. — Le législateur, ici encore, « *statuit de eo quod plerumque fit* », et, quel que soit l'auteur du Dol, la nullité existera. Ce n'est donc pas seulement, comme le dit l'A. 1455, le Dol pratiqué par les héritiers du mari, mais aussi celui commis par le mari lui-même, en cas de divorce, séparation de corps ou de biens qui permettra à la femme d'obtenir d'annuler l'acceptation faite sous l'influence du Dol ; *mais aussi* le Dol commis par les créanciers du mari ou par tout autre.

Le texte ne vise expressément que les héritiers du mari ou le mari lui-même ; car ce sont eux qui peuvent être le plus souvent intéressés à l'acceptation de la femme. — Notamment dans deux hypothèses relevées par tous les auteurs et qu'il suffira d'indiquer, il est facile de sentir l'intérêt que le mari ou ses héritiers peuvent avoir à commettre un Dol envers la femme ou ses représentants. On peut supposer que, par Dol, les héritiers du mari ont déterminé la femme à accepter une communauté obérée sans qu'elle ait fait dresser inventaire dans les délais, ce qui la prive du droit d'invoquer son bénéfice d'émolument et l'oblige, en conséquence, à payer plus de dettes qu'elle ne trouve de biens dans sa part de communauté. — Enfin, lorsque la femme a stipulé de reprendre son apport *franc et quitte* en cas de renonciation (A. 1514), les héritiers ont intérêt à la déterminer par Dol à accepter, alors que son intérêt, à elle, est de renoncer pour exercer la reprise de son rapport. — La manifestation de volonté contraire à l'acceptation d'une succession ou d'une communauté, la renonciation obéit aux mêmes règles. Le silence de la loi ne peut être invoqué contre cette solution qui n'est que l'application du principe posé dans l'A. 783. C'était déjà ce

qui était admis par notre ancienne jurisprudence et ce qui est encore aujourd'hui décidé par nos tribunaux (1). L'intérêt pratique de cette décision apparaît facilement aussi bien en matière de succession que de communauté : inutile d'insister.

Dans les quelques lignes que nous avons consacrées aux dispositions testamentaires en étudiant l'erreur, nous avons vu et nous avons admis que la théorie générale des vices du consentement devait leur être appliquée de point en point et que, notamment, l'erreur n'avait d'influence juridique sur leur validité qu'autant qu'elle satisfaisait à l'A. 1110. L'article 901 a été complètement écarté, pour la raison qu'il ne peut viser que les causes supprimant la volonté (ses termes mêmes le prouvent), et qu'il ne s'agit ici que de celles pouvant tout simplement la vicier.

Toutes ces remarques ont ici, en matière de Dol, la même importance : de même que l'A. 1110, déterminant les conséquences juridiques de l'erreur, de même l'A. 1110 et l'A. 1109 peuvent être invoqués contre les dispositions testamentaires qui sont le résultat d'un Dol. — Mais c'est seulement le principe contenu dans l'A. 1116 (et non pas l'exception tel que nous l'avons appliqué aux acceptations et aux renonciations, qui doit nous guider et nous guider seul (2).

De même que ces derniers actes, la disposition testamentaire est l'œuvre d'une volonté unique ; celle du disposant seul intervient et seul il intervient *partie* à l'acte : nous sommes toujours dans le droit commun qui veut que le Dol,

(1) *Contrariorum est eadem disciplina.* — Furgole. — *T. des testaments*, I. IV. Ch. 10, Sect. 2, n° 48.

(2) Pothier en décidait ainsi, Chap. 11 article 6, par. 2. Des Dispositions testamentaires.

« Une disposition est captatoire et nulle non seulement lorsque je la fais dans la vue de capter pour moi les biens de celui à qui je la fais, mais encore lorsque je la fais dans la vue de capter ses biens pour un autre à qui je m'intéresse. »

quel qu'en soit l'auteur, soit une cause de nullité. Ce principe rationnel et légal gouverne complètement les dispositions testamentaires. D'ailleurs les causes qui vicient les actes à titre onéreux, bilatéraux et unilatéraux, doivent, *a fortiori* vicier les actes à titre gratuit et surtout le testament.

Le disposant confère au légataire un avantage purement gratuit, et sa volonté doit être plus libre, plus réfléchie, plus indépendante, plus personnelle que celle qui donne naissance aux autres actes.

De là, l'on peut conclure, non pas que l'existence des manœuvres qui ont produit le Dol doive être plus facilement admise par le juge, mais simplement que l'erreur, suite du Dol, a eu plus de poids dans la délibération, a été plus facilement déterminante que s'il s'était agi d'un autre acte volontaire.

Le Dol qui vicie les actes de dernière volonté et fait naître l'action en nullité a la même puissance lorsqu'il détermine un légataire à accepter ou à renoncer. Eadem ratio.

Jusqu'ici nous avons supposé que les manœuvres frauduleuses constituant le Dol avaient et devaient avoir pour entraîner un vice du consentement un caractère tel qu'elles ont déterminé l'individu, victime du Dol, à faire un acte juridique donné, ou plus exactement peut-être qu'elles ont fait naître chez lui cette idée : « *c'est le dolus dans causam contractui, dolus qui inducit ad contrahendum,* » et dans la doctrine, on le désigne généralement sous le nom de *Dol principal*. Mais l'A. 1116 s'applique également aux manœuvres qui surviennent pendant le cours de la délibération, alors que l'idée de faire un acte juridique a déjà germé dans l'esprit de l'individu ; ce qui constitue le Dol incident (incidens in contractum.) Il suffit, pour cela, que ces manœuvres soient telles qu'en leur absence, la vérité eût clairement

apparu à la victime du Dol et l'eût fait, à coup sûr, renoncer à sa détermination première, avant son exécution. — De telles manœuvres ne pouvaient avoir d'autre but que d'égarer l'intelligence de celui contre qui elles étaient dirigées pour masquer les conséquences de l'acte qu'il allait faire; nous sommes donc en face d'un Dol déterminant, et il faut appliquer l'A. 1116. La distinction en Dol principal et Dol incident ou accidentel est de pure abstraction, sans utilité réelle.

La seule question à résoudre, c'est de savoir si, sans les manœuvres, l'acte aurait ou n'aurait pas été fait; c'est donc un point de fait pour l'établissement duquel le juge jouit d'un pouvoir souverain d'appréciation. (Cass. 13 janv. 1885. Sirey, 5-2. 302.) C'est lui seul qui peut décider si le Dol est déterminant ou non, c'est-à-dire si, oui ou non, il a créé une erreur déterminante, et en conséquence accorder ou refuser l'action en nullité.

La doctrine distingue également entre le Dol positif et le Dol négatif, entre le Dol direct et le Dol indirect. La première de ces distinctions se réfère au point de savoir quels sont les faits actifs ou passifs qui peuvent constituer le Dol, nous en traiterons plus tard en examinant ce point d'une manière plus générale. La seconde est relative à la restriction apportée par l'A. 1116 au principe qui domine toute la théorie du Dol, restriction qu'il est temps d'étudier, puisque nous arrivons à l'examen des actes bilatéraux, les conventions, c'est-à-dire à l'hypothèse spéciale en vue de laquelle l'A. 1116 a été rédigé.

DES ACTES VOLONTAIRES BILATÉRAUX

Le Dol est une cause de nullité de la convention lorsque les manœuvres pratiquées par l'une des parties sont telles qu'il est évident que, sans ces manœuvres, l'autre partie n'aurait pas contracté.

Il ne se présume pas et doit être prouvé. (A. 1116.)

Ainsi, d'après ce texte, il ne suffit pas, en matière de conventions, que le Dol ait été déterminant pour entraîner la nullité; il faut en outre qu'il soit le fait d'une des parties contractantes; si cette deuxième condition fait défaut, la nullité n'existera pas et la victime du Dol n'aura qu'un parti à prendre, intenter l'action en dommages et intérêts de l'A. 1382 contre l'auteur du Dol, si elle a subi un préjudice. L'application de cette deuxième condition ne donne lieu à aucune difficulté, mais elle est peut-être plus difficile à justifier. Un seul point certain, c'est son origine romaine: elle a donc pour elle l'autorité de la tradition. Le Préteur accordait l'action de Dol in personam; si nihil in ea re dolo malo actoris factum est. (Dig. XLIV. 4. 2.) Mais ce n'est pas là une explication rationnelle. Quelle est-elle donc?

Ce sont pour nous des considérations pratiques qui ont poussé le législateur à exiger cette deuxième condition; mais ces considérations ne sont admissibles que pour les conventions à titre onéreux et, malgré la généralité du texte, nous devons soustraire les conventions à titre gratuit, à l'application totale de l'A. 1116. D'un autre côté, elles justifient pleinement la différence qui existe sur ce point entre les actes

unilatéraux et les actes bilatéraux ; ce nous sera une raison de plus pour penser que nous sommes dans la vérité légale.

Le Dol est appelé *direct* lorsqu'il émane de l'une des parties contractantes ou lorsque cette partie l'a fait sien par la connaissance qu'elle en avait ; *indirect* quand il est le fait d'un tiers. Il est tout simple que la loi autorise la partie qui a contracté sous l'influence du Dol à demander la nullité du contrat, lorsque le Dol émane de l'autre partie. La rescision est à la fois le résultat du vice qui a vicié le consentement (et cela seul suffirait) et la réparation du préjudice obtenue aux dépens du coupable. C'est rationnel et équitable.

Mais, lorsque ce Dol est l'œuvre exclusive d'un tiers, le consentement n'en est pas moins vicié et cependant la rescision est impossible. Pourquoi ? A coup sûr ce ne serait pas équitable d'accorder la rescision, en ce sens que le préjudice serait réparé aux dépens de la partie innocente du Dol, mais enfin cette partie innocente serait devenue la victime effective du Dol ; les principes auraient été respectés, et elle aurait pu invoquer contre le tiers l'A. 1382. La véritable raison, c'est que le législateur a voulu respecter les droits acquis de la partie adverse de bonne foi et que, s'il n'avait pas statué ainsi, il aurait apporté un obstacle très sérieux à la conclusion des transactions. Je dis que le législateur a voulu respecter les droits de la partie adverse, mais pourquoi ce respect ? A cela deux raisons, qui toutes deux permettent d'expliquer la différence qui existe entre nos deux catégories d'actes. (Car elles n'existent pas à l'égard des actes unilatéraux, quoique à l'égard de ceux-ci, il y ait également des droits acquis à respecter.) — Ce qui fait que le législateur a tenu à respecter les droits de la partie adverse lorsqu'il s'est agi d'autoriser ou de refuser la rescision pour Dol, c'est que cette partie, par un effort personnel, des démarches peut-être coûteuses, sou-

vent longues et difficiles méritait toute sa sympathie.

L'acte auquel elle a consacré son temps et sa peine, elle l'a bien probablement envisagé sous toutes ses conséquences, en ce qu'elles étaient relatives à son propre patrimoine, et raisonnablement on ne peut exiger d'elle rien de plus. Lorsque l'on contracte on ne s'occupe pas des motifs qui peuvent décider la volonté de l'autre partie, souvent même celle-ci ne se souciera pas de les mettre en évidence, et accorder la rescision pour Dol, dans tous les cas, c'eût été forcer chaque contractant à s'enquérir des mobiles qui font agir l'autre et surtout c'eût été laisser planer, après la conclusion du contrat, un doute sur sa solidité. L'aléa inévitable qui s'attache à toute opération modifiant le patrimoine en eût été singulièrement augmenté et par là-même un obstacle sérieux apporté aux transactions. Pourquoi aurait-on prodigué ses efforts pour obtenir un résultat incertain, à la merci de la première personne venue ? Voilà la raison d'être de la restriction de l'A. 1116 ; d'un côté le respect dû et légitimement dû aux droits acquis par un travail qui doit être protégé, et de l'autre la nécessité du progrès social, qui veut le développement, la multiplication des transactions, des relations entre les individus.

Bien au contraire, rien de pareil n'existe lorsqu'il s'agit des actes unilatéraux ; ceux auxquels ces actes profitent ou nuisent directement ont bien évidemment des droits acquis qu'il faut respecter en principe. Mais ici, qu'ont-ils fait pour se les procurer à l'encontre de l'auteur de ces actes ? Rien. Ils ont attendu les événements : aussi ne peut-on les admettre à profiter d'une erreur qui ne pouvait entrer en ligne de compte dans le calcul de leurs espérances, et dès lors on conçoit que la loi admette avec plus de facilité une personne à faire rescinder son œuvre exclusive que celle qui lui est

commune avec un autre. De là, particulièrement en matière de successions, de communauté, de testaments, la consécration légale du principe purement rationnel.

Enfin, les conventions à titre gratuit, les donations échappent pour les mêmes motifs à la restriction de l'A. 1116. Quel que soit l'auteur du Dol, le donataire ou un tiers, elles seront rescindables. L'ancien droit en décidait ainsi ; Furgole le témoigne nettement, dans son *Traité des Testaments*, chapitre 5, section 3, n° 27. Nous venons de le voir, le législateur, pour accorder l'action en nullité en matière de conventions, s'attache, prend surtout en considération la nature et l'origine du droit de la partie adverse. Le donataire participe bien à la donation, puisque son concours en est un élément essentiel, mais combien cette participation diffère, par l'initiative même de la volonté, avec celle de l'individu qui fait un contrat à titre onéreux ! Celui-ci est indépendant, sa volonté se dresse, égale en force à celle de l'autre partie. Le donataire, lui, joue un rôle purement passif : il subit la volonté dictée par le donateur. Ne peut-on dire que la donation est, en fait, l'œuvre exclusive d'un individu ? Mais si l'on ne veut pas aller aussi loin dans l'assimilation de ce contrat avec les actes unilatéraux et principalement avec le testament, on peut dire, avec raison, que le même respect ne s'impose pas aux droits acquis du donataire, parce que, nous venons de le voir, ses efforts personnels sont nuls et parce que la société n'a que peu d'intérêts à la protection de ses droits. Et ce dernier point se justifie pleinement par cette idée que le législateur n'a pas tenu autant à la [multiplication des donations qu'à celle des contrats à titre onéreux. En effet, n'a-t-il pas apporté de nombreuses entraves à la disposition entre vifs des biens à titre gratuit ; ne cherche-t-il pas à protéger le donateur, les parents, la société elle-même, et jamais le dona-

taire ? D'ailleurs la donation est un acte dangereux, qui dépouille gratuitement le disposant. Sa volonté doit être plus libre, plus spontanée, et le Dol, d'où qu'il vienne, apporte un trouble grave dans son esprit.

Toutes ces considérations nous font écarter en matière de donations la restriction de l'A. 4446. La doctrine et la jurisprudence adoptent ces conclusions. (Cass. 2 janv. 1878. Sirey. 1878, 1. 103. — 17 juin 1887. Sirey. 87. 1. 449.)

Ainsi les actes bilatéraux, et parmi eux ceux à titre onéreux seuls, restent soumis à l'application complète de l'A. 4446.

L'expression « manœuvres » employée par l'A. 4446 et qui paraît répondre au mot « machinatio » de la définition que Laléon donne du Dol résume très bien l'idée maîtresse, l'idée de ruse, d'habileté déloyale qui caractérise la conduite de la personne qui cherche à tromper, à obscurcir l'intelligence d'autrui. Ces manœuvres consistent dans des faits, c'est-à-dire des choses réalisées, accomplies par la parole, l'action ou encore le silence, l'abstention dans un but, cherché, volontaire de nuire en provoquant l'erreur. La doctrine désigne sous le nom de Dol positif celui qui a été accompli avec l'aide de la parole, de l'action, en un mot de faits actifs, positifs, et sous le nom de Dol négatif, celui qui a été réalisé avec l'aide du silence calculé, de l'abstention, en un mot de faits passifs, négatifs. Cette distinction purement arbitraire et abstraite n'a pas une grande valeur juridique. Le juge appelé à se prononcer sur l'existence d'un Dol, aura le plus souvent en face de lui un ensemble de faits actifs et passifs, liés étroitement les uns aux autres, qui auront constitué la manière d'agir, la conduite de l'individu accusé de manœuvres dolosives, et le plus souvent donc, cette distinction lui sera inutile. Il est rare que le juge se trouve en

face d'un seul fait actif constitutif de Dol, mais il est encore bien plus rarement en face d'un seul fait passif constitutif de Dol. Il peut très bien arriver que le silence, l'abstention d'un individu, à un moment donné, soit le fait, la chose qui donne à la conduite de cet individu son caractère dolosif, mais alors ce fait passif n'a cette signification que parce qu'il est accouplé à d'autres fait actifs : et si on ne peut dire ici que le Dol est négatif, on ne voit pas quelle est l'utilité de ce caractère du Dol. Pour apercevoir l'intérêt de la distinction, il faut supposer un silence calculé, une abstention, isolés, ne se reliant à aucun autre fait imputable à l'auteur de ces faits passifs, et se demander si on peut voir là une manœuvre dans le sens de l'A. 1116. Si à cette question l'on répond négativement, la distinction est justifiée. Mais nous sommes d'avis que l'on doit adopter l'opinion contraire et alors, pour nous, ces expressions de Dol positif, négatif, ne riment à rien. Le mot de manœuvres, en effet, a une signification assez large pour y comprendre cette situation ; il suffit que, de ce silence, de cette abstention résulte une erreur déterminante, pour qu'il y ait Dol.

C'est plus particulièrement à propos de la réticence, c'est-à-dire de l'omission d'une chose, qu'on devrait dire que la discussion s'élève.

Nous croyons qu'une *réticence*, qui, à elle seule, dans un isolement absolu d'autres faits imputables à celui qui la commet, *cause* une erreur, *constitue une manœuvre* et tombe sous le coup de l'A. 1116. M^r Laurent est d'un avis contraire et pour soutenir son opinion il invoque l'A. 1255 du Code civil.

« Lorsque le débiteur de diverses dettes a accepté une quittance par laquelle le créancier a imputé ce qu'il a reçu sur l'une de ces dettes spécialement, le débiteur ne peut plus

demander l'imputation sur une dette différente, à moins qu'il n'y ait eu *dol ou surprise* de la part du créancier. » Pour éclaircir ce texte et montrer l'intérêt du débiteur à imputer son paiement sur telle ou telle dette, le jurisconsulte belge reprend l'exemple de Pothier (Obligations, n° 566), où il montre un procureur imputant le paiement, qui lui est fait par un paysan, sur celle de ses créances, qui ne porte pas d'intérêts.

De deux choses l'une, ou bien le procureur, par des manœuvres actives, a amené le paysan à accepter cette imputation, et alors il y a Dol, ou bien il profite de l'ignorance de son client, et sans mot dire a délivré ladite quittance ; là, *il y a surprise*.

Dans les deux cas, le débiteur peut réclamer contre l'imputation, mais, ce qui fait que dans la deuxième hypothèse il n'y a pas Dol, c'est non pas, comme le dit M^e Laurent, parce qu'il n'y a qu'une réticence, mais parce que cette réticence n'est pas la cause de l'erreur qui a déterminé le débiteur. Le procureur a laissé le paysan dans son ignorance, dans son erreur, il en a profité, il a surpris sa bonne foi, et c'est insuffisant pour constituer un Dol.

D'où il résulte que la réticence, qui peut être ou ne pas être la cause d'une erreur, constitue un Dol dans la première hypothèse seule. Et, logiquement, de cette proposition découle cette conséquence que la réticence par laquelle une partie contractante laisse la partie adverse dans l'erreur, suite du Dol qui est pratiqué contre elle par un tiers, ne permet pas à cette dernière d'intenter la nullité.

Et cette conséquence n'est pas en contradiction avec l'opinion unanime qui applique l'A. 1416 lorsque la partie connaît le Dol dont est victime son cocontractant, et cela parce qu'il ne s'agit plus uniquement de l'effet de la réticence au point de

vue qui nous occupait. Ici, le Dol existe et yicie, rationnellement, le consentement, que la partie soit ou non de bonne foi. Lorsqu'elle est de mauvaise foi, tout le monde admet avec la jurisprudence que la nullité peut être invoquée contre elle, non parce qu'elle a commis une réticence (ceci est hors de cause), mais parce qu'elle ne mérite plus la protection de la loi. Elle est devenue complice, coauteur du dol, a fait siennes les manœuvres pratiquées par le tiers, et en endosse la responsabilité au point de vue de l'action en nullité. La réticence, ici, constitue la complicité et non la cause du Dol.

Nous voici, quoique indirectement, ramenés à la distinction du Dol direct et indirect. Nous venons de voir que le Dol est direct non seulement lorsqu'il est le fait de l'une des parties contractantes, mais encore lorsque l'une d'elles s'est associée aux manœuvres d'un tiers par la simple connaissance qu'elle en avait. Il peut encore se faire que l'action en nullité appartienne au contractant victime du Dol, quoiqu'il n'émane pas, en fait, de celui avec lequel il a légalement contracté. C'est dans le cas où l'auteur des manœuvres est le mandataire légal ou conventionnel de la partie avec laquelle la victime a contracté. Mais ce n'est pas là une exception à la restriction de l'A. 1116, car le mandant a été « partie » au contrat, sa volonté y a figuré, représentée par celle de son mandataire. Toutefois, si le représenté est forcé de subir la rescision de la convention, l'action en dommages-intérêts ne pourra être dirigée contre lui, mais seulement contre le représentant. En sens inverse le Dol commis contre le mandataire donne au mandant, à la fois, l'action en nullité et l'action en dommages-intérêts, dont il devra user conformément aux principes généraux (1).

(1) Dans le cas où il y a plus de deux parties contractantes, dans l'hypothèse d'une société par exemple, qui doit se former entre trois personnes, il suffit que le Dol émane de l'une des parties pour qu'il y ait nullité, erga omnes, à l'égard, même de celle qui n'a été ni auteur ni vic-

Jusqu'ici, nous avons présenté l'action en nullité pour cause de Dol comme étant la suite nécessaire et logique de l'influence rationnelle et légale qu'il a, quoique indirectement, sur le consentement. La théorie du Dol paraît donc intimement liée avec celle de l'erreur, et par conséquent avec celle des vices de la volonté. Des auteurs considérables, et parmi eux Pothier, sans nier l'influence du Dol sur le consentement, rattache l'action en nullité accordée par la loi exclusivement au préjudice subi par la victime du Dol. En un mot, le fondement de cette action, c'est pour eux la réparation du dommage causé et non le vice du consentement. On voit déjà que, malgré l'autorité du jurisconsulte qui a émis cette théorie, nous ne pouvons pas accepter cette manière de voir.

Ainsi, pour les partisans de cette doctrine, « le Dol n'est point un vice de consentement, il produit uniquement des effets personnels, donne seulement lieu à des dommages-intérêts, et dans ces dommages-intérêts se trouve comprise l'annulation du contrat. »

D'où il résulte que la nullité ne peut exister qu'avec les dommages-intérêts, que s'il y a eu préjudice — et qu'enfin cette annulation et les effets qui s'ensuivent ne peuvent avoir lieu qu'entre les parties et leurs héritiers », c'est-à-dire que l'action est personnelle. Ces conséquences sont en contradiction flagrante avec le texte de la loi, et la preuve de leur fausseté sera la preuve même de l'inexactitude du principe lui-même.

Où voit-on que l'action en nullité ne peut naître que si le Dol a été la source d'un préjudice ? C'est ajouter une restriction à l'A. 1116. Bien évidemment, le plus souvent ce dom-

time du Dol, — mais elle ne peut tenter l'action ; — c'est seulement au cas où elle aurait été mise en mouvement par la victime du Dol et aurait réussi que la nullité aurait son effet à l'égard de cette partie.

mage existera et poussera la victime du Dol à agir, et lorsqu'il n'existera pas, elle trouvera de grandes difficultés à faire admettre que le Dol a été déterminant ; mais enfin la loi ne parle pas de préjudice, pourquoi l'exiger ? Est-ce qu'en matière d'erreur, on exige la preuve du préjudice ?

Il est certain que la fréquence présumée de cette existence du préjudice a été, dans toutes les hypothèses de vices du consentement, un motif puissant pour le législateur d'autoriser la rescision ; mais ce n'est pas le seul, en cas d'erreur et de violence ; pourquoi en serait-il autrement en matière de Dol ? Parce que ce n'est pas un vice de consentement ? Mais alors que veulent dire les A. 1109 et l'A. 1116, qui exigent que le Dol ait été déterminant ? Le contraire ne résulte-t-il pas nettement de ces articles ? Pourquoi le législateur aurait-il exigé que le Dol eût été la cause du contrat ? Comment expliquer dans cette opinion cette condition mise à la naissance de l'action ? Enfin cette doctrine devrait, pour être logique, admettre qu'à l'égard des actes unilatéraux, le Dol ne peut avoir d'effet qu'à l'égard des intéressés, créanciers, légataires ou autres qui en sont les auteurs. La rescision ne devrait, dans ces actes, être prononcée qu'à l'égard de ces personnes et les actes subsister à l'égard des autres. Et ce résultat ne peut être admis en face du texte si clair de l'A. 783. L'A. 783 décide que la nullité en matière d'actes unilatéraux a pour fondement le vice du consentement ; les partisans de cette doctrine doivent pour le respecter aboutir à cette conséquence impossible que, d'une part, et par rapport aux actes qui ne sont pas des conventions, la nullité a pour fondement le vice du consentement et que, de l'autre, par rapport aux conventions, elle repose exclusivement sur l'idée de préjudice. Tout cela n'est-il pas décisif ? Passons à la deuxième conséquence, qui n'est pas moins inadmissible.

C'est la nature personnelle de l'action en nullité. Or, l'A. 1117 met sur la même ligne la rescision fondée sur le Dol, que celle fondée sur l'erreur, la violence et la lésion. Or la nullité pour lésion, erreur ou violence, crée une action réelle, réfléchissant contre les tiers-détenteurs. De plus l'A. 2125, sans distinguer entre les divers cas de rescision, adopte formellement la même solution.

Enfin admettre la personnalité de l'action en nullité pour cause de Dol, c'est enlever à la partie lésée une grande partie du secours qui lui est accordé. L'auteur des manœuvres frauduleuses tient certainement à échapper aux conséquences de l'indélicatesse qu'il a commise ; il est peut-être insolvable et s'il a disposé du bénéfice du contrat en faveur d'un tiers, celui-ci étant à l'abri de la revendication de la victime du Dol, quel parti utile tirera la partie lésée de son action en nullité. C'est assez de lui laisser ce péril, lorsque le Dol émane d'un tiers, sans encore l'en menacer lorsqu'elle peut invoquer l'A. 1116.

Pour nous la théorie du Dol est trop intimement liée à celle de l'erreur, et cela rationnellement et légalement, pour que nous puissions accepter cette doctrine qui ne peut invoquer contre notre système aucun argument décisif. Les considérations que nous avons développées pour expliquer la distinction faite, par la loi, entre le Dol émanant d'un tiers et celui pratiqué par la partie adverse n'ont aucun rapport avec le fondement de la nullité pour cause de Dol, et la solution que nous admettons sur cette dernière question laisse intacte cette justification de cette distinction de l'A. 1116. L'on n'est donc pas fondé à nous opposer que le Dol n'est pas considéré par la loi comme un vice du consentement, parce que, dans un cas, il est écarté comme tel et ne peut donner lieu qu'à des dommages et intérêts. Nous l'avons vu, c'est la nécessité du

respect des droits de la partie adverse de bonne foi qui s'est imposée au législateur ; il n'y a là qu'une exception, commandée par les nécessités pratiques, et elle ne fait que confirmer la règle. Cette exception, à la vérité, n'existe pas lorsque le vice du consentement résulte non plus du Dol mais de la violence. Dans tous les cas, celle-ci est une cause de nullité. Ce n'est pas que nos considérations ne se retrouvent plus dans cette nouvelle hypothèse. C'est simplement qu'elles sont combattues et écartées par d'autres plus impérieuses. La nécessité de réprimer la violence, et de la réprimer énergiquement, est plus forte que celle de respecter des droits acquis. Ce vice du consentement est ensuite moins fréquent que le Dol, et la consécration intégrale du principe n'a pas en pratique les mêmes inconvénients (1).

Que l'on se décide à assigner pour fondement à l'action en nullité, pour cause de Dol, le vice du consentement qui en résulte ou l'obligation de réparer le dommage produit par les manœuvres frauduleuses, lorsqu'il s'agit d'appliquer les principes tirés de l'A. 1116 entre personnes capables, cela n'a pas une grande importance, du moins au point de vue qui va nous occuper. On sait que l'ancienne distinction de la faute délictuelle et de la faute contractuelle, en tant qu'elle sert à déterminer la responsabilité juridique des incapables, est depuis quelques temps fortement battue en brèche : on tend actuellement à reconnaître un caractère délictuel à la faute appelée contractuelle, et par là même à assimiler la responsabilité juridique des incapables, relativement à la faute contractuelle, à celle des individus capables. La doctrine (2)

(1) Laurent. Principe Droit civil. T. 15, n° 529.

Duranton, Tome 40, p. 472, n° 476.

Demolombe, T. 24, p. 163, n° 184.

(2) Lefebvre — *Revue Critique* 1886.

Deschamps, — *Revue Critique* de 1890, — et thèse de Doctorat, Paris 1889.

nous paraît peu à peu entrer dans cette voie et, à propos d'une étude partielle sur le Dol, nous ne pouvons moins faire que d'indiquer cette nouvelle théorie.

Elle se rattache directement à notre sujet, car le Dol relatif au contrat, à sa formation même rentre dans ce que l'on est convenu d'appeler la faute contractuelle, c'est-à-dire un délit commis à l'occasion d'un contrat, entre les deux cocontractants (1).

Disons immédiatement que, pour nous, qui admettons que la nullité pour Dol a pour fondement le vice du consentement, le parti à prendre sur cette controverse n'est pas de nature à influencer sur la question de savoir si le Dol émanant de l'incapable crée ou non la nullité : d'ores et déjà nous adoptons l'affirmative, le consentement étant vicié tout aussi bien quand le Dol émane d'un incapable que quand il émane de tout autre individu. Mais si nous avons à rechercher et à pré-

Ces travaux sont évidemment, malgré leur valeur propre, l'écho d'une nouvelle orientation dans l'enseignement des écoles de droit sur cette question, et nous croyons pouvoir en conclure l'affirmation contenue au texte.

D'ailleurs l'ancienne distinction, précisée et développée par le savant et regretté M. Labbé, n'était pas admise dans toute son intégralité par les meilleurs auteurs — notamment suivant MM. Colmet de Santerre, Demolombe, Laurent Sainctelette, le Dol contractuel restait soumis au principe général de l'A. 1382, tant dans la formation que dans l'exécution du contrat. La jurisprudence très indécise sur ce dernier point était au contraire et est encore fixée dans le même sens, sur le premier point : le Dol relatif à la formation du contrat.

Voir Demolombe, t. 24, p. 588.

Colmet de Santerre, t. 5, p. 95, n° 66 bis, I.

Laurent, t. 26, p. 355.

Sainctelette, *Responsabilité et garantie*.

(2) « Le projet ne connaît aucune de ces théories subtiles et raffinées des deux responsabilités ; — il les connaît si peu, que pour lui toute faute est un délit civil : le délit consiste à violer le droit d'autrui, or, il y a violation du droit d'autrui aussi bien lorsqu'il s'agit d'atteinte à un droit de créance que lorsqu'il s'agit d'atteinte au droit de propriété (A. 704-705) ; donc ce que nous appelons la faute contractuelle est pour les auteurs du projet un délit civil comme tous les autres. »

M. Saleilles. — *Bulletin de la société de Législation comparée* 1889 — p. 177-178 — Projet de Code civil allemand.

ciser l'effet du Dol en le considérant comme source d'un dommage et non plus seulement comme source de la nullité, il n'en serait pas de même : il est bien clair que nous devrions accorder ou refuser l'action en dommages et intérêts contre l'incapable suivant que nous reconnaitrions ou non sa responsabilité en matière de faute contractuelle.

Pratiquement ce point a une grande importance, car le plus souvent la victime du Dol est déterminée à agir en nullité parce qu'elle a souffert un préjudice que l'annulation de l'acte fera partiellement ou complètement disparaître, suivant les cas.

Quant à ceux qui assignent pour fondement à la nullité l'obligation de réparer le dommage causé, la solution de cette même question est surtout pour eux capitale car, s'ils optent pour la suppression de l'ancienne distinction, la nullité pourra être accordée à la personne capable victime du Dol d'un incapable; sinon, elle devra lui être refusée.

On voit donc qu'en ce qui concerne les incapables, le fondement juridique de la nullité n'est pas indifférent, puisque pour les uns, ceux qui sont de notre avis, la question de leur responsabilité ne se pose que pour l'action en dommages et intérêts, tandis que, pour leurs adversaires, elle se pose même pour l'action en rescision. C'est là encore un intérêt pratique de la controverse sur le fondement légal de l'action en nullité née du Dol.

Lorsqu'il s'agit d'un acte unilatéral, le Dol émanant d'un incapable autorise à la fois la nullité et l'action de l'A. 1382, car l'incapable, de l'avis de tous, a commis un délit contre lequel il n'est pas restituable, dont il est responsable : en un mot, une faute délictuelle. De même, si, n'étant pas « *partie* » à un acte bilatéral, il est l'auteur des manœuvres frauduleuses; — l'action de l'A. 1382 sera donnée contre lui.

Mais dès que *partie* à un acte bilatéral, l'incapable est l'auteur du Dol qui a déterminé l'autre partie à contracter, il devient coupable d'une faute contractuelle, d'un délit commis à l'occasion d'un contrat, entre cocontractants, et, dans cette hypothèse, on se demande si, d'une part, l'action en nullité naîtra, si, d'autre part, l'action en dommages et intérêts appartiendra à l'autre partie. Nous avons déjà dit que nous accorderions l'action en rescision, et nous admettons la même solution à l'égard de l'autre action. Notre sujet étant limité à l'étude de la naissance de la nullité, nous ne voulons pas entreprendre de justifier cette dernière proposition. — Il nous suffira de dire que la nouvelle théorie de la responsabilité juridique des incapables relativement à la faute contractuelle nous paraît préférable à l'ancienne, et que nous croyons devoir l'adopter. D'ailleurs, en ce qui concerne particulièrement le Dol dans la formation du contrat, des auteurs considérables cités tout à l'heure admettent cette manière de voir, et nous disons que le Dol, commis par un incapable dans la formation du contrat et vice de la volonté, produit les mêmes effets, nullité et dommages et intérêts, que celui émanant d'une personne capable, *du moins en principe*,

Nous disons, *du moins en principe*, car lorsqu'il s'agit d'un Dol spécial aux incapables qui consiste à tromper sur leur capacité et relativement à certains incapables, le mineur et la femme mariée dotale, la loi apporte des exceptions à l'application des principes dont nous allons faire l'application.

Commençons par l'étude du Dol, cause du contrat semblable à celui que pourrait commettre une personne capable : c'est-à-dire celui qui consisterait à tromper l'une des parties sur un élément quelconque du contrat. L'incapable a-t-il, par des manœuvres frauduleuses, amené son cocontractant à consentir à l'acte bilatéral, il en résulte deux conséquences : l'A.

1116 donne à la partie adverse de bonne foi le droit d'intenter l'action en nullité et l'incapable, lui, peut arguer de son incapacité pour obtenir la nullité. — C'est un concours de deux nullités relatives, l'une appartenant à l'incapable et tirée de son incapacité, l'autre appartenant à la victime du Dol, et tirée du vice du consentement. — L'acte bilatéral a probablement été, pour l'auteur du Dol, une source de profits, et celui-ci ne songera pas à en demander la nullité, mais si l'acte lui a été nuisible ou s'il a dissipé le profit qu'il en a tiré, il aura intérêt et droit d'intenter la nullité ; c'est alors que l'autre partie demandera par l'action du Dol, non la nullité, c'est inutile, mais des dommages-intérêts.

Le plus souvent, l'incapable, ayant tiré profit du contrat, en demandera l'exécution, et alors il se verra opposer l'exception de Dol par sa victime, ou bien celle-ci, avant toute exécution ou après l'exécution, si elle vient à découvrir le Dol, intentera contre lui l'action de Dol, tendant à la fois à la nullité et à des dommages-intérêts.

Voilà où, logiquement, conduisent les deux nullités relatives, le concours des règles sur l'incapacité et des règles sur le Dol. La jurisprudence admet toutes ces conséquences (1) : l'incapacité permettra toujours aux incapables de faire annuler la convention, mais, étant responsables, ils devront payer des dommages-intérêts, et s'ils n'intentent pas la nullité, subir la rescision pour cause de Dol.

Quant au Dol spécial aux incapables et qui consiste à tromper uniquement sur leur incapacité, nous pensons qu'il est soumis aux mêmes règles que celui que nous venons d'examiner, au concours des deux nullités relatives. C'est le cas où

(1) Rouen, 20 mai 1853 s. 1856. 41. 428.

Cassation 23 nov. 1852 s. 1852. 1. 769.

4 juillet 1877 s. 1877. 1. 455.

16 février 1880 s. 1881. 1. 351.

le mineur se fait, par Dol, passer pour majeur, l'interdit et l'individu muni d'un conseil judiciaire comme jouissant de l'exercice complet de leurs droits, la femme mariée comme n'étant pas soumise à l'autorisation maritale, ou n'étant pas mariée sous le régime dotal ; Dols qui ont chacun pour but d'amener l'individu capable à contracter, et par là peuvent faire naître, à son profit, l'action en rescision. Mais ce qu'il faut immédiatement remarquer, c'est que le contractant n'a pas subi de dommage par l'effet de ce Dol qui n'a eu d'autre résultat que de l'amener à consentir un acte qui, en lui-même, ne lui est pas nuisible ; que, par conséquent, il n'intentera pas la rescision s'il découvre le Dol. Il ne souffrira de son acte que le jour où l'incapable voudra, en intentant la nullité qui lui appartient, lui faire perdre le bénéfice sur lequel il avait légitimement compté en contractant. En un mot ce Dol est tel que ce n'est pas la formation du contrat qui est nuisible à celui qui en est victime, mais bien sa rescision, sa suppression si elle est demandée par l'incapable. Jusque là il y a Dol déterminant viciant le consentement, mais non encore dommage.

Et, alors, la victime sera tentée de demander, on sera tenté (quelques-uns mêmes lui accordent) de lui accorder le maintien du contrat, au lieu d'une action en dommages-intérêts, le jour où, par l'exercice de la nullité pour incapacité, on voudra lui faire subir un dommage. Si la loi agit ainsi, nous sommes en face d'une hypothèse où le concours des deux nullités n'existe plus ; que décide-t-elle donc ? Le maintien du droit commun, le concours des deux actions en nullité pour Dol et pour incapacité. Cette affirmation résulte, croyons-nous, des articles 1307 et 1391-4^e, le premier relatif au mineur, le second à la femme mariée dotale qui, par Dol répété, a trompé sur sa dotalité dans son acte de mariage et dans le contrat qu'elle a consenti.

Ces textes décident le maintien du contrat dans l'hypothèse qui nous occupe, et créant ainsi deux exceptions au droit commun, le confirment par là-même.

D'après l'A. 1307 : « La simple déclaration de majorité faite par le mineur ne fait point obstacle à sa restitution. »

De deux choses l'une, ou bien cette simple déclaration n'est pas dolosive, c'est-à-dire n'est pas cause d'un Dol déterminant, ou bien elle l'est. Dans le premier cas, nous sommes en dehors de notre sujet ; mais il faut dire, néanmoins, que le mineur peut obtenir la rescision du contrat. Dans le second, nous sommes, au contraire, en face d'un Dol qui a vicié le consentement de celui qui en a été victime et qui, *suivant le droit commun*, lui donnerait le droit d'intenter l'action en rescision, de même que, de son côté, le mineur aurait droit à la nullité de l'A. 1305. Mais si ce mineur conserve, de par notre texte, ce moyen à sa disposition, son cocontractant capable ne peut arguer du Dol tant qu'il n'y a eu de la part du mineur qu'une simple déclaration de majorité, même dolosive : l'A. 1307 présume que cette simple déclaration n'a pu tromper le cocontractant et c'est une présomption qui, *juris et de jure*, interdit à la victime du Dol de le prouver et par conséquent la prive de son action en nullité. Le contrat sera résilié ou maintenu au gré du mineur. S'il y a là une exception au droit commun, ce n'est pas celle que nous cherchons. Pour la trouver, il faut supposer qu'au lieu d'une simple déclaration de majorité, le mineur s'est engagé dans des manœuvres plus compliquées, qu'il a exhibé un faux extrait de naissance ou encore fourni de faux témoignages : en un mot, il faut qu'il y ait plus qu'une simple déclaration de majorité, ce qui est une question de fait à résoudre par le juge. Dès lors, nous sommes en dehors de l'hypothèse prévue par le texte même de notre

A. 1307 et ce Dol, la victime sera admise à le prouver. Sur ce point, nous rentrons dans le droit commun, mais nous en sortons aussitôt, en ce qui concerne le mineur. En effet, le texte, se bornant à dire que la simple déclaration de majorité seule ne fait pas obstacle à sa restitution, décide par cela seul qu'il y a obstacle à la restitution, *dès qu'il y a plus qu'une simple déclaration de majorité*, et il en résulte indubitablement le maintien du contrat, puisque le mineur n'est plus restituable et que la victime du Dol n'a aucun intérêt à intenter l'action en rescision qui lui appartient.

C'est en vertu d'un texte précis et exceptionnel que la règle de concours de deux nullités se trouve écartée.

Avant la loi de 1850 sur la publicité du contrat de mariage, c'était là la seule hypothèse où le Dol avait pour conséquence le maintien du contrat. Aujourd'hui l'A. 1391, augmenté d'un quatrième alinéa par cette loi du 10 juillet 1850, contient une nouvelle exception au concours des deux nullités. La femme dotale qui, sous le régime du Code civil antérieur à cette loi, trompait un tiers sur cette qualité de femme dotale pour l'amener à contracter sur ses biens dotaux, avait le droit de se faire restituer contre un engagement qui portait atteinte à l'inaliénabilité de sa dot. Il en est encore de même aujourd'hui si elle a, lors de son mariage, déclaré qu'elle avait fait un contrat ; elle possède la nullité et son cocontractant ne peut que réclamer des dommages et intérêts. — Mais si l'acte de célébration du mariage porte que les époux se sont mariés sans contrat, la femme dotale qui trompe, en outre, sur sa dotalité, n'est plus restituable, et, dès lors, la victime du Dol, ne subissant aucun dommage, n'intentera aucune action basée sur le Dol. C'est le maintien du contrat.

C'est ce qui découle de l'A. 1391-4°. « Si l'acte de célébration du mariage porte que les époux se sont mariés sans con-

trat, la femme sera réputée, à l'égard des tiers, capable de contracter dans les termes du droit commun, à moins que, dans l'acte qui contiendra son engagement, elle n'ait déclaré avoir fait un contrat de mariage. »

La femme dotale donc, qui trompe le cocontractant sur la dotalité dans l'acte qui contient son engagement, mais qui a obéi à la loi de 1850 (10 juillet) est restituable contre cet engagement, sauf à payer des dommages et intérêts pour le préjudice que subira son adversaire, de par la rescision (1). C'est le retour au droit commun qui s'applique à tous les autres incapables; c'est ainsi que la femme mariée qui se déclare veuve, ou qui appuie cette déclaration de manœuvres frauduleuses, n'en continue pas moins à rester incapable d'agir sans autorisation, et, si elle a usé de ce Dol spécial pour amener un tiers à contracter avec elle, elle pourra agir en nullité pour incapacité, quitte au tiers à se pourvoir en dommages-intérêts. (Arrêt de la cour de Paris, 1866, 6 nov. Sirey, 1867. 41. 294.)

Dans cette hypothèse donc du Dol spécial aux incapables, *en principe*, les règles relatives, les unes à la nullité pour incapacité, les autres à la nullité pour cause de Dol, subsistent et se combinent, comme nous l'avons dit tout à l'heure. *Exceptionnellement* et dans deux cas, ce concours de nullité disparaît, mais il disparaît, non par la suppression de l'action de Dol, mais seulement par celle de l'action en nullité pour incapacité. Si l'action de Dol, en fait, ne joue aucun rôle, c'est que l'intérêt manque pour l'intenter, tandis que juridiquement, rationnellement, elle subsiste. Les manœuvres frauduleuses sont

(1) On sait que, d'après la plupart des auteurs et la jurisprudence, l'inaliénabilité de la dot tient à une incapacité de la femme, — et une incapacité conventionnelle, — et non à une indisponibilité des biens qui la composent.

une condition *sine quâ non* de la suppression de l'action pour cause d'incapacité et, par là, aboutissent indirectement au maintien d'un contrat dont l'élément volontaire est vicié.

Sur cette question de la responsabilité des incapables en matière de Dol et faute contractuelle :

Notes de M. Labbé. — Sous arrêts, dans Sirey, 1879. 44. 97. — 1882. 44. 149. — 1886. 4. 4.

Larombière : *Traité des oblig.* A. 1307 et 1310.

Deschamps : *Revue critique.* 1890 et thèse. (Paris, 1889.)

Cassation, 23 nov. 1852. — Sirey, 185.24. 769, avec des conclusions de l'avocat général Rouland.

Rapport de M. Demangeat. Cassation. 23 nov. 1885. — Sirey, 1886. 4. 4.

APPENDICE

DE L'ERREUR ET DU DOL EN MATIÈRE DE MARIAGE ET DE CONTRAT DE MARIAGE

MARIAGE

« *Le mariage est la société de l'homme et de la femme qui s'unissent pour perpétuer leur espèce, pour s'aider, par des secours mutuels, à porter le poids de la vie et pour partager leur commune destinée.* » — C'est donc un contrat dont la base essentielle est le consentement des deux parties contractantes, le concours de leurs deux volontés : aussi n'y a-t-il point de mariage lorsqu'il n'y a pas de consentement (A. 1446). Lorsque le consentement existe, il peut se faire qu'il soit, ici comme ailleurs, vicié par l'erreur ou le Dol, et par conséquent il semble qu'il doive être annulé, chaque fois qu'il renferme cette impureté, cette imperfection. L'application de l'A. 1410 au mariage s'il s'agit de l'erreur, de l'A. 1446 s'il s'agit du Dol, paraît s'imposer et, cependant, d'une part, en cette matière, le Dol ne vicie pas juridiquement le consentement et, de l'autre, l'erreur sur la personne, dans la personne (A. 180-2) seule, autorise l'époux qui l'a commise à s'en prévaloir pour faire annuler sa volonté.

Cette différence indiscutée de traitement s'explique par la nature même de cet acte juridique, qui s'oppose à ce qu'il puisse supporter l'application de l'alinéa 1 de l'A. 1110, et par le rôle qu'il est appelé à jouer dans la société, le but qu'il doit réaliser, en ce qui concerne le Dol.

Avant donc de rechercher ce que le législateur a entendu par *erreur dans la personne*, il faut, d'un côté, établir qu'il a repoussé tout autre vice du consentement créé par l'erreur ou le Dol, et de l'autre préciser pourquoi, pour quelles raisons il s'est décidé à restreindre à une seule hypothèse la naissance de la nullité basée sur un vice de la volonté. L'un des principes qui dominent toute la matière des nullités de mariage et que la Cour de cassation a formulés dans plusieurs arrêts, c'est qu'il n'y a pas d'autres nullités que celles qui sont prononcées en termes exprès par un texte formel; c'est là une exception au droit commun qui admet même les nullités virtuelles, sous-entendues dans le texte de la loi qui manifeste tacitement sa volonté. Or, si l'A. 180 accorde expressément la nullité en cas d'erreur dans la personne, ou en cas de violence, nulle part n'existe un texte qui fasse produire à l'erreur sur la substance ou à celle provenant du Dol un effet semblable. — Ces deux vices du consentement, sanctionnés par le droit commun, se trouvent par là-même formellement écartés. Le mariage ne peut être attaqué dans ces deux dernières hypothèses.

Le législateur a voulu tout prévoir, tout régler, en énumérant expressément les cas de nullité du mariage et, par là, enlever cette importante matière au danger de l'arbitraire du juge ou du commentateur : c'est de cette volonté qu'on a tiré le principe dont nous venons de faire une application.

Mais ce n'est là que la preuve légale, le motif juridique des exceptions apportées en matière de mariage à la théorie

générale de l'erreur et du Dol, vices du consentement. Comment expliquer la volonté même du législateur ; quelles puissantes raisons l'ont poussé à agir ainsi, tout d'abord en ce qui concerne l'erreur prévue par l'A. 1110-1° ?

On se souvient que nous avons admis que la loi entendait, par erreur sur la substance même de la chose, celle qui porte sur celle des qualités de cette chose que les parties ou l'une d'elles avaient principalement en vue en contractant. Et s'il est facile de savoir ce qui fait la substance d'une chose, objet d'un contrat relatif au patrimoine, d'une vente par exemple, si l'on comprend qu'elle doit avoir aux yeux des parties des qualités, les unes substantielles, les autres accidentelles, ce travail de l'esprit devient impossible dès que l'on essaie d'appliquer au mariage la distinction du premier alinéa de l'A. 1110. L'idée même de cette distinction ne s'est pas présentée à l'esprit du législateur et ne se présenterait pas à celui du lecteur du texte de l'A. 180, s'il s'occupait d'une erreur sur la chose, objet du mariage. La nature même de cet acte juridique repousse la prise en considération d'une telle erreur. L'objet du mariage, c'est la création d'un rapport de droit, relatif à l'état des personnes, c'est la modification du statut de chaque contractant, quelque chose qui n'a pas une existence indépendante de l'individu comme la *res* qui fait l'objet d'un contrat ordinaire. Il est radicalement impossible de parler d'erreur sur la substance, et on ne peut, en conséquence, supposer la naissance d'une nullité basée sur ce fait.

La raison et le texte de la loi sont donc d'accord pour restreindre la naissance de la nullité pour cause d'erreur à une hypothèse analogue à celle prévue par l'alinéa 2 de l'A. 1110. Nous verrons d'ailleurs que les principes relatifs à ce vice du consentement en matière de contrats portant directe-

ment sur le patrimoine, doivent régir l'erreur sur la personne de l'un des époux ; rien ne s'oppose à l'application de l'alinéa 2 de l'A. 1440 ; l'A. 180-2^e n'en est que la copie exacte, comme nous essaierons de le démontrer.

Quant au Dol, par lequel l'un des cocontractants aurait été amené à consentir au mariage, ce n'est pas une cause de nullité du mariage et le législateur n'a fait que consacrer une règle fort ancienne dans notre droit et que Loysel formulait d'une façon aussi brève qu'originale en disant, dans ses *Institutes coutumières* : « *En mariage trompe qui peut.* » — Le vice du consentement existe bien rationnellement, mais s'il avait été sanctionné, beaucoup trop de mariages auraient été susceptibles d'être attaqués par cette voie de nullité. Le Dol est plus fréquent ici qu'en toute autre matière, et sa répression conformément à l'A. 1446 eût ébranlé l'institution du mariage ; la base de la famille, et par là de la société, eût été compromise ; l'intérêt privé, la justice privée, ont dû s'incliner, céder devant l'intérêt général. C'est encore la meilleure raison qui puisse être donnée de l'exclusion du vice du consentement produit par le Dol : elle est traditionnelle, et une expérience plusieurs fois séculaire avait assuré le législateur de sa valeur. Le plus souvent, d'ailleurs, les tromperies seront relatives à la fortune des deux époux, et il sera possible, sans s'attaquer au mariage lui-même, de secourir l'époux de bonne foi en lui permettant d'attaquer, par l'action de Dol, les conventions matrimoniales.

La seule hypothèse dans laquelle la nullité est accordée pour cause d'erreur est celle prévue par l'A. 180-2^e :

« *Lorsqu'il y a eu erreur dans la personne, le mariage ne peut être attaqué que par celui des deux époux qui a été induit en erreur.* » Nous sommes ici en face d'une erreur qui est, par elle-même et par elle seule, une cause de nullité, qu'elle résulte

du fait de l'époux trompé ou du fait d'un tiers, qu'elle soit ou non le résultat d'un Dol : le texte ne distingue pas. L'existence du Dol, qui sera certainement fréquent, n'aura d'autre résultat que de permettre plus facilement la preuve de l'erreur elle-même. (Valette sur Proudhon, tome I p. 395, note a.)

L'A. 1110 présente l'erreur sur la personne comme ne pouvant qu'exceptionnellement faire naître la nullité, par suite de cette idée qu'ordinairement on contracte en vue d'un résultat et non d'un individu. Mais, parmi les actes auxquels on se détermine en considération de la personne, se trouve, au premier rang, le mariage. Il est évident qu'on n'épouse pas indifféremment le premier venu et que la délibération qui précède la volonté de celui qui veut se marier repose sur l'examen d'une personne déterminée. L'erreur sur la personne, le plus souvent, sera, en matière de mariage, déterminante, et devra permettre d'intenter la nullité. Mais il ne faut pas oublier que, d'après l'interprétation de l'A. 1110, elle ne peut avoir ce résultat qu'autant qu'elle aboutit à une substitution de personnes, qu'elle soulève une question d'identité. Lorsque l'erreur a ce caractère, chacun s'accorde à reconnaître que le consentement est entaché de nullité ; — mais les uns soutiennent, en distinguant deux hypothèses différentes, que cette nullité est soit absolue soit relative (1), les autres qu'elle est toujours absolue (2), d'autres enfin qu'elle est toujours relative (3), et que cette erreur a seulement vicié le consentement comme elle l'aurait fait dans un autre contrat, une vente par exemple.

(1) En ce sens Glasson : *Du consentement des époux*. Marcadé, t. 1^{er} p. 463. — Demolombe t. 3, p. 386.

(2) En ce sens M. Labbé qui décide que l'A. 180, ne pouvant viser une hypothèse où le consentement n'existe pas, ne peut se rapporter qu'à l'erreur sur les qualités. Note sous un arrêt de la Cour de Paris du 4 fév. 1860. (Jour. Palais. 1860 p. 241.)

(3) Nullité relative. Laurent tome 2.

De plus, de nombreux auteurs, et avec eux de nombreuses décisions de jurisprudence, autorisent l'action en nullité, lorsque l'erreur porte sur les qualités de la personne, appliquant ainsi à l'erreur sur la personne les règles relatives à la chose, telles qu'elles ont été exposées sous l'A. 1110.

Pour nous, l'A. 180-2^e est une application, inconsciente peut-être, mais que nous croyons certaine, de l'A. 1110-2^e. Nous chercherons donc à démontrer que ce texte prévoit toujours un simple vice du consentement d'une part, et de l'autre qu'il exclut formellement toute extension aux effets ordinaires de l'erreur sur la personne.

Lorsque l'on parle d'erreur sur la personne, comme lorsqu'il s'agit d'erreur sur la chose, une distinction immédiatement s'impose. L'erreur peut être telle que l'on contracte, soit avec une personne autre que celle avec laquelle on voulait contracter, soit avec cette dernière personne elle-même parce qu'on lui a supposé des qualités qu'elle ne possédait pas en réalité ; la première erreur *redundat in personam*, réagit sur la personne même ; la seconde ne porte que sur les qualités d'une personne déterminée.

Laquelle de ces deux erreurs prévoit l'A. 180-2^e du Code civil ? Celle sur les qualités ? Non, et en cela nous sommes d'accord avec la jurisprudence actuelle et la doctrine la plus récente. Démontrer cette proposition, c'est limiter le débat et nous allons l'entreprendre. La valeur même des motifs qui ont fait repousser la solution affirmative sera plus facilement saisie par l'étude historique des doctrines successives et de la jurisprudence de la Cour de cassation, dans le cours de ce siècle.

Le mariage, qui est le plus social de tous les contrats, celui qui est le plus de nature à influencer sur la constitution même de la société, doit être aussi le plus stable, et en se plaçant à ce

point de vue, on conçoit très bien que le législateur n'ait pas admis l'erreur sur les qualités de la personne comme une cause de nullité. L'intérêt majeur de la stabilité du mariage exige sur ce point une règle inflexible, et cette règle, c'est la négation même de tout effet juridique de l'erreur portant sur les qualités : admettre que l'absence de certaines qualités sur lesquelles l'un des époux comptait à ce point qu'elle sont déterminé son consentement, peut créer la nullité, c'est ouvrir contre la stabilité du mariage une brèche dangereuse. Cette solution, la loi ne l'a pas admise lorsqu'il s'est agi de contrats beaucoup moins importants, ceux visés au titre des obligations : aussi ne peut-on l'accepter, dans une matière aussi importante que celle relative à l'état des personnes. Dans les deux cas, le législateur a redouté l'arbitraire du juge, et ce même motif, plus impérieux encore ici, lui a fait consacrer cette même solution.

Les auteurs considérables qui ont repoussé notre manière de voir ont eux-mêmes fait la loi quand il s'est agi de dresser la liste des qualités au sujet desquelles l'erreur peut entraîner la nullité du mariage. D'accord sur le point de départ, ils cessent de l'être sur les conséquences : les uns décident que l'A. 180-2° n'a en-vue que les *qualités constitutives de la personne civile*, les autres qu'il ne vise que celles qui rendent *l'homme variable* ; d'autres, plus téméraires et plus logiques, laissent le soin de l'appréciation à la libre estimation des tribunaux. Dès que l'on a voulu étendre les limites de notre texte, d'un côté la doctrine a fait la loi, de l'autre la pratique, sous l'empire des circonstances, a suivi les mêmes errements. L'expérience a prouvé la solidité des raisons qui ont dicté au législateur la solution que nous donnons ; il suffit pour s'en convaincre de suivre la marche de la jurisprudence et de la doctrine, depuis la promulgation du Code civil.

Suivant Portalis, « l'erreur en matière de mariage ne s'en-

tend pas d'une simple erreur sur les qualités, la fortune ou la condition, etc., mais d'une erreur qui aurait pour objet la personne même. » C'est en ce sens que les premiers commentateurs entendent l'A. 180-2^e : tous enseignent que l'erreur, pour entraîner la nullité du mariage, doit soulever une question d'identité. Les tribunaux suivent généralement la route qui leur est tracée.

Mais bientôt on admet des exceptions qui compromettent singulièrement le principe. Merlin déclara nul le mariage contracté par erreur avec un impuissant (1), Delvincourt (2) étendit cette solution au mariage avec un moine, Duranton (3) à l'union d'un forçat libéré. Marcadé, enfin, inaugura franchement un nouveau système. Après avoir énuméré comme exemples d'erreurs assez graves pour faire annuler un mariage; l'impuissance certaine, la prostitution publique d'une fille qu'on croyait vierge, un vœu solennel de continence, l'état de forçat, il ajoutait : « on comprend que les diverses circonstances de chaque affaire devront exercer une grande influence sur la décision » et, il finissait par conclure : « Tout est laissé ici à l'appréciation des magistrats », oubliant l'adage dont l'importance apparaît avec force en pareille matière : *Optima lex quæ minimum judicii relinquit*.

Plus tard, enfin, Demolombe venait apporter à ce système l'appui de son incontestable autorité.

La jurisprudence, dès lors, interprète largement l'A. 180-2^e. On voit successivement annuler le mariage contracté par erreur avec un ci-devant moine profès (Colmar, 6 déc 1811), avec un prêtre (Agen, 6 juillet 1860. S. 1860. 2. 253), avec une fille adultérine crue légitime (Boulogne 26 août 1853.

(1) Merlin. Répertoire. Impuissance. N^o 2.

(2) Delvincourt : Code civil, t. I. N^o 151.

(3) Duranton : Droit français, t. 2. N^o 62.

S. 1854. 2. 114). En 1858, le tribunal de Chaumont va même jusqu'à voir dans la grossesse dissimulée de la femme au moment de la célébration du mariage une cause de nullité. (9 juin 1858. S. 1858 2. 543.)

Il était temps qu'une telle jurisprudence revienne au principe noyé sous l'arbitraire : une affaire qui eut un grand retentissement donna, enfin, à la Cour de cassation l'occasion de se prononcer.

Un sieur B... avait été condamné en 1844, par la Cour d'assises de la Drôme, à 15 ans de travaux forcés. Sorti de prison en 1855, grâce à une commutation de peine, il s'était marié en 1857. Sa femme vint à connaître son indignité et introduisit une demande en nullité de son mariage.

La demande fut rejetée le 29 juin 1860 par le Tribunal de la Seine : « attendu que si, aux termes de l'A. 146, il n'y a pas de mariage quand il n'y a pas de consentement, l'A. 180 n'admet comme cause de nullité, outre le défaut de liberté, que l'erreur dans la personne : que le sens vrai de ces expressions doit se rechercher dans le projet primitif du Code, les observations des tribunaux, les procès-verbaux du Conseil d'État... et l'exposé des motifs; que l'étude de ces documents divers laisse la conviction que l'erreur dans la personne, soit qu'on l'entende dans la personne physique, soit qu'on l'entende dans la personne civile, ne peut dans aucune hypothèse s'étendre à une déception semblable à celle dont la femme B... a été victime, etc. »

Jugement confirmé par la Cour de Paris, le 4 février 1860 (S. 1860-2. 72), et *cassé* par la Cour de cassation, le 11 février 1861 (S. 1861-1. 241), contrairement aux conclusions de l'avocat général de Raynal. La Cour d'Orléans juge comme celle de Paris, en considérant que l'erreur prévue par l'A. 180, ayant pour objet la personne même, doit au point

de vue physique ou civil faire naître une question d'identité. (6 juillet 1861. S. 1861-2. 485.)

Le 24 avril 1862 (S. 1868-1. 341) la Cour suprême, revenant sur sa propre jurisprudence, conformément aux conclusions du Procureur général Dupin, décide que le texte et l'esprit de l'A. 180-2^e, n'admettent la nullité que pour l'erreur qui porte sur l'identité de la personne, et par le résultat de laquelle l'une des parties a épousé une personne autre que celle à laquelle elle croyait s'unir ; qu'ainsi la nullité pour erreur dans la personne reste sans extension possible aux simples erreurs sur des conditions ou des qualités de la personne, sur des flétrissures qu'elle aurait subies.

Cet arrêt célèbre a fixé la jurisprudence qui, depuis, refuse d'admettre comme cause de nullité l'erreur sur les qualités morales (Montpellier 1^{er} février 1866. S. 1866-2, 325), sur la régularité de la filiation (Bordeaux 21 mai 1866. S. 66. 2. 209) et enfin sur l'aptitude à la génération (Chambéry 28 janvier 1867. S. 1867-2. 81. — Riom 7 juin et 2 août 1876. S. 1877-2. 153). Toutes ces décisions déclarent que l'erreur doit nécessairement soulever une question d'identité. C'est à ce système que revient la doctrine. (Glasson, *Du consentement des époux au mariage* n^{os} 127 et 128. — Aubry et Rau, tome V, par. 462. — Laurent, tome II, n^{os} 290 et suivants.)

En effet de puissantes raisons, autres que celles découlant des nécessités sociales, portent à admettre que l'A. 180 décide que l'erreur sur les qualités, quelque essentielles qu'elles soient, doit être considérée comme étant sans influence sur la validité du mariage.

D'après Pothier, l'erreur sur la personne consiste dans la substitution d'une personne à une autre, et seule entraîne la nullité. Il conclut en disant : L'erreur qui ne tombe que sur

la qualité de la personne est bien différente de celle qui tombe sur la personne même.

De plus, dans les articles 1440 et 2053, les expressions erreur *dans* la personne, ou erreur *sur* la personne que le législateur paraît considérer comme synonymes, sont certainement employées dans le sens d'erreur sur l'individualité entière, qui est le plus naturel, et non dans le sens d'erreur sur les qualités. Elles ne peuvent avoir d'autre signification dans l'A. 180.

Ce système peut paraître d'une rigueur excessive dans quelques cas, rares d'ailleurs ; mais il faut, en cette matière surtout, une règle fixe et sage, celle-là a toutes ces qualités ; l'intérêt général doit ici l'emporter sur l'intérêt particulier, si recommandable qu'il soit, et l'intérêt social doit commander la fixité des droits nés du mariage. Le mal de l'un est nécessaire au bien de tous. Interpréter la loi dans le sens opposé, c'est ne pas craindre de multiplier les mariages trop légèrement contractés, et favoriser l'aveuglement trop commun quand la passion conduit l'homme. De tristes et solennels exemples sont utiles pour prouver que le mariage est chose trop grave, pour qu'avant de s'y engager, l'on n'ait pas épuisé toutes les précautions.

L'A. 180-2^e n'est donc qu'une application de l'alinéa 2 de l'A. 1440, puisque, comme lui, il exclut toute idée d'erreur sur les qualités. Reste à savoir, si, toutes les fois qu'il y aura erreur sur l'identité, la nullité relative naîtra, s'il y aura simple vice du consentement, ou si, au contraire, le législateur a distingué pour admettre cette solution, ou encore s'il a vu dans cette erreur une cause de suppression totale du consentement.

Quand il s'agit de l'erreur sur la personne dans un contrat ordinaire, une vente par exemple, et que cette erreur

aboutit à une substitution de personnes, on peut imaginer deux hypothèses où l'on arrive à ce résultat. De deux choses l'une, ou bien le vendeur connaît celui auquel il veut vendre et cela physiquement, ou bien il ne l'a jamais vu. Par une inadvertance quelconque, dans le premier cas, il consent la vente à quelqu'un, Pierre, par exemple, qui lui fait des offres d'achat, croyant avoir en face de lui la personne de Paul, en considération de laquelle il s'est décidé à faire ce contrat.

La vente est conclue, le consentement existe, mais il est vicié, parce que l'erreur est telle qu'il a vendu à une personne autre que celle à laquelle il croyait vendre, à Pierre au lieu de Paul, et cela parce que, physiquement, il a pris le premier pour le second. Peut-être Pierre offre-t-il une ressemblance avec Paul, et est-ce là la cause de l'erreur, ou bien, c'est peut-être par simple inadvertance — peu importe. — Le consentement existe, il est vicié voilà tout.

Dans le second cas, Pierre se présente comme étant Paul, exhibe des papiers qui font croire au vendeur qu'il a bien devant lui le Paul avec lequel et en considération duquel il consent à traiter. La vente se conclut, mais le vendeur a été déterminé par une erreur qui vicie la volonté ; en réalité, il a vendu à un autre que Paul, et cela, non parce qu'il a été trompé par une ressemblance physique, mais par des pièces fausses ou un simple mensonge.

L'erreur est ici compliquée de Dol, mais, à supposer que ce Dol ne soit pas une cause de nullité, le consentement n'en serait pas moins vicié. Dans les deux cas, l'erreur soulève une question d'individualité, la cause de l'erreur, diffère seule, et l'A. 1110-2° sera bien évidemment applicable dans les deux cas.

En est-il différemment en matière de mariage ? Non. Quelle que soit la cause de l'erreur sur la personne, qu'elle résulte

d'une erreur sur la personnalité physique ou d'une erreur sur l'état-civil, elle doit avoir sur le consentement la même influence ; si dans un cas elle le supprime, elle en fait autant dans le second — si dans un cas elle le vicie purement et simplement, de même dans l'autre. — Laquelle de ces deux solutions est la vraie ? Dans l'exemple de tout à l'heure, c'était la nullité relative, l'existence du consentement, mais d'un consentement impur, imparfait. Ce doit être semblable pour le mariage. Non, dit-on, car ici l'erreur sur l'individualité de la personne entraîne une erreur sur l'objet même, la personne de chaque partie étant pour l'autre l'objet du mariage qui, dès lors, est inexistant (1).

Nous croyons pouvoir écarter cette objection, d'abord au point de vue purement rationnel, ensuite au point de vue légal, en invoquant le texte même de l'A. 180.

Rationnellement, l'objet du mariage se distingue de la personnalité des contractants, moins nettement que dans la vente, la donation ou tout autre contrat, mais il peut se distinguer. En effet, le mariage crée des obligations nombreuses contre la femme ; par exemple peut-on dire que, pour le mari, l'objet de ces obligations c'est la femme qu'il a épousée ? Non. S'il s'agit du devoir d'obéissance, l'obéissance, voilà la chose, objet de l'obligation de la femme. C'est là, évidemment, quelque chose d'abstrait, lié plus étroitement à la personnalité de ce conjoint que ne l'est la *res* objet de la vente ou de la donation, mais qui s'en distingue néanmoins. L'objet du mariage est plus intimement lié à l'individualité de chaque conjoint, mais ne se confond pas avec lui.

Si donc l'objet est distinct de chaque contractant, l'erreur sur la personne de l'un d'eux n'entraîne pas une erreur sur

(1) Laurent, tome 2. p. 374.

Marcadé, tome 4, p. 403.

l'objet et ne détruit pas le consentement. C'est encore ici l'application pure et simple de l'A. 1110-2°.

Légalement enfin, l'A. 180-2° ne pouvant viser l'erreur sur les qualités ne peut viser que celle sur l'individualité ; or l'époux seul victime de l'erreur peut intenter la nullité, elle n'est donc pas absolue et si elle n'est pas absolue, c'est qu'elle découle d'un vice du consentement et non de son absence. D'ailleurs, si l'on voit dans l'erreur sur la personne une erreur entraînant l'inexistence du mariage, ce cas est prévu par l'A. 1116, de sorte que l'A. 180-2° reste sans application, puisque l'erreur sur les qualités n'est pas visée par ce texte.

La conclusion est donc que l'A. 180-2° entend par erreur sur la personne celle qui porte sur l'identité, et celle-là seulement d'une part, et que de l'autre elle vicie seulement le consentement. C'est l'application de l'A. 1110-2°, de la théorie générale du Code civil sur l'erreur. Le consentement des parties existe, chaque fois qu'il y a accord sur la nature du contrat et l'objet des obligations, quel que soit d'ailleurs l'erreur dans laquelle l'un des contractants ait pu tomber relativement à l'autre.

L'erreur sur la personne vicie uniquement le consentement de celui qui s'est trompé, rend le contrat nul, quand il s'agit d'une convention faite *intuitu personæ*, tel le mariage.

Un auteur récent, M. Théophile Huc, frappé des résultats rigoureux de la doctrine que nous admettons et de l'arbitraire dangereux où sont entraînés ceux qui voient dans l'A. 180-2° le moyen d'accorder la nullité même quand l'erreur frappe sur les qualités de la personne, a émis une nouvelle théorie qui permet d'éviter ces deux graves inconvénients : c'est dire que nous sommes en face d'un système mixte.

C'est sur le mot « dans » (erreur dans la personne) que le

distingué magistrat a échafaudé et appuyé sa doctrine ; il en tire une distinction entre les attributs et les qualités de l'individu qui lui permet d'affirmer que l'A. 180 vise l'erreur sur les attributs de la personne et repousse celle sur les simples qualités, et c'est dans l'étude du Droit canon qu'il trouve l'origine de cette distinction. Les attributs sont les propriétés de la personne, qui ne sont pas susceptibles de plus ou de moins, qui existent ou n'existent pas, et qu'il est naturel de supposer comme appartenant *a priori* à toute personne. Quant aux qualités, ce sont des propriétés secondaires, accidentelles qui, si elles existent, sont susceptibles de plus ou de moins, comme la fortune, la probité, la vertu, la santé, et qui, ne faisant pas partie intégrante de la personne, n'ont pas été prises en considération par le législateur. L'erreur sur les attributs, que les canonistes appelaient qualités substantielles, vicie le consentement et cela existe quand l'un des époux se trompe sur l'état-civil, la nationalité, la religion, la faculté d'engendrer, la laïcité. C'est là, dit la nouvelle doctrine, le sens de qualités substantielles d'attributs, comme le prouve ce passage d'un jurisconsulte célèbre du *xvii^e* siècle, Van Espen : « *Error circa qualitatem dicitur redundare in personam, quando animus contrahentis sic fertur in certam qualitatem, ut implicite nolit personam, si ipsi desit qualitas in qua errat.* »

D'après ce système, il n'est pas nécessaire, pour que nullité s'ensuive, que l'erreur sur l'un de ces attributs entraîne une erreur sur l'identité, d'une part, et de l'autre l'erreur sur les qualités est indifférente.

L'argument historique ne nous paraît pas décisif, d'abord parce qu'en cette matière, le rédacteur de 1804, comme en toute autre, s'est inspiré plutôt de Pothier, qui ne souffle mot de cette distinction et parce qu'ensuite, à cette définition de l'ex-

pression *redundare in personam* de Van Espen, on peut opposer celle de saint Thomas, d'après lequel l'erreur sur les qualités n'entraîne la nullité qu'autant qu'elle soulève une question d'identité (St Thomas. *Summa theologica* pars tertia supplementum, Qu. 51, art. 11.)

« Si error nobilitatis vel dignitatis redundat in personam, tunc impedit matrimonium : unde si consensus mulieris feratur in ipsam personam directe, error nobilitatis ipsius non impedit matrimonium ; si autem directe intendit consentire in filium regis, quicumque sit ille, tunc si alius præsentitur ei quam filius regis, est error personæ et impeditur matrimonium. » Tout ici est affaire d'intention : quelle que soit la propriété physique ou morale de l'individu, dès que l'erreur qui porte sur elle aboutit à soulever une question d'identité, il y a nullité ; l'A. 180 s'applique : sinon, l'erreur est indifférente, quand même elle serait déterminante.

De plus, cette théorie dont on ne trouve aucune trace dans les travaux préparatoires est bien subtile, pour que, si le législateur avait voulu la consacrer, il se soit contenté de remplacer le mot « sur » par le mot « dans » et n'ait pas tenté une rédaction plus claire de l'A. 180-2° (1).

Le mieux encore, croyons-nous, est de se ranger au système actuel de la jurisprudence et de souhaiter qu'elle y persiste.

Nota. — Dans les séances du 28 janvier, des 10 et 8 février 1886, sur le rapport de M. Flourens, le Conseil d'État a refusé de s'associer à une proposition de loi déposée sur le

(1) Commentaire théorique et pratique du Code civil, tome II.

Que cette théorie réussisse ou non, elle n'en est pas moins la seule qui détermine d'une manière précise, tout en lui donnant une portée assez large, le sens de l'expression : « erreur dans la personne » page 128. Revue critique de 1892. Compte rendu par M. G. Lebreton. Mais, demandons-nous, est-elle légale ?

bureau du Sénat et tendant à modifier l'A. 180. Plus tard, le 11 novembre 1886, la commission du Sénat, sur le rapport de M. Allou, s'est rangée à l'opinion de la haute assemblée, et l'a définitivement abandonnée.

Le but de cette proposition, née au lendemain du projet de loi sur le divorce, était conçue dans le but d'augmenter les cas de nullité du mariage afin de permettre aux personnes que leurs scrupules religieux empêchaient de solliciter le divorce, de dissoudre une union qu'ils ne pouvaient plus supporter.

C'était là le résultat d'une opinion fausse qui croyait voir dans le divorce un correctif à la sévérité de la loi en matière de nullité de mariage et qui voulait adoucir le système du législateur au profit de ceux que leur religion aurait empêché d'user de la loi de 1884.

Du contrat de mariage

La question très controversée, et résolue en des sens très divers, qui se pose de savoir si le contrat de mariage, ou plus exactement les conventions matrimoniales, sont susceptibles d'être attaquées pour cause de vices du consentement et principalement pour cause de Dol, est subsidiaire de celle qui consiste à se demander si la distinction des nullités absolues et des nullités relatives trouve en cette matière son application. De nombreux auteurs, et des plus considérables, parmi lesquels M. Valette (1), M. Demolombe (2), M. Bertauld, et

(1) Valette. *Mélanges*, tome 2, p. 137.

(2) Demol. tome 23.

la Cour de Cassation (1) se sont décidés pour la négative, et le point d'appui de cette doctrine réside en entier dans l'A. 1395 qui consacre le principe de l'immutabilité des conventions matrimoniales. C'est, d'ailleurs, à propos du caractère de la nullité qui frappe le contrat de mariage passé par un mineur non habilité suivant l'A. 1398, que la Cour suprême a donné son avis. M. Valette a résolu la controverse dans le sens que nous venons d'indiquer, dans une célèbre consultation relative à un jugement du Tribunal de la Seine, qui admettait la nullité pour cause de Dol. Dans ces deux documents, on retrouve une argumentation précise basée sur l'A. 1395; c'est donc bien là qu'est le siège de la difficulté qu'il nous faut aborder.

Quelle est donc la portée exacte de l'A. 1395? En quoi s'écarte-t-il du droit commun et dans quel sens?

L'A. 1395 est aux conventions matrimoniales ce que l'A. 1131-2^e est aux conventions ordinaires, c'est-à-dire que tous deux prévoient la même hypothèse, celle où les parties voudraient revenir sur un contrat déjà formé et peut-être exécuté, pour en modifier ou en supprimer les conséquences. L'A. 1134 déclare que les contractants ont pleine liberté

(1) Arrêt de la Cour de Cass. 5 mars 1855 1872 (t. 72, I, 281) 16 juin 1879. P. 1880-374.

Arrêt du 5 mars 1855. La Cour :

Attendu qu'aux termes des articles 1394 et 1395, toutes conventions matrimoniales doivent être rédigées avant le mariage par acte devant notaire, et qu'elles ne peuvent recevoir aucun changement après la célébration du mariage;

Attendu que la solennité et l'immutabilité du pacte matrimonial n'intéressent pas seulement les deux familles qui s'unissent et la famille à naître, qu'elles intéressent les tiers dans leurs relations avec les époux et avec les ayants droits de ceux-ci.

Attendu que s'il dépendait de l'époux qui, après le mariage, a contracté avec des tiers, de faire tomber ou subsister les conventions matrimoniales, la condition des tiers demeurerait perpétuellement incertaine et qu'à leur égard, le pacte matrimonial perdrait le caractère d'immutabilité que l'on a voulu y attacher.

d'agir ainsi, si bon leur semble; l'A. 1395 le leur interdit. L'A. 1395 est donc une exception à la règle de droit commun consacrée par l'A. 1134 : les époux ne peuvent faire des conventions dérogatoires au contrat de mariage parce que, d'abord, cette facilité de modifier les conventions matrimoniales fournirait au plus fort un moyen d'oppression contre le plus faible, qu'ensuite les tiers seraient facilement trompés par les époux, et qu'enfin les époux pourraient, par ce moyen, se consentir des donations irrévocables contrairement à l'A. 1096.

Mais l'exception doit être de la même nature que la règle : or, suivant le droit commun, l'A. 1134-2° ne s'entend que des conventions légalement formées et si elles ne le sont pas, si par exemple le consentement est vicié, si l'une des parties est incapable, il n'est plus nécessaire de la volonté double des contractants pour les annuler, il suffit de la volonté d'un seul. L'A. 1234-2° n'est plus applicable, la situation même qu'il prévoit fait défaut et, dès lors, l'exception disparaît également. — L'A. 1395 ne peut plus lui-même trouver d'application.

Les conventions matrimoniales ne sont pas les seules qui ne peuvent pas être modifiées ou révoquées par le consentement mutuel; il en est de même de l'adoption qui est, elle aussi, un contrat solennel et de plus homologué par la justice et qui néanmoins peut être annulé pour cause de Dol, peut-être attaqué par une action basée sur une nullité relative.

La règle de l'immutabilité ou de la mutabilité des contrats est donc bien indépendante de celle qui régit la naissance des nullités relatives, et invoquer l'A. 1395 pour refuser d'appliquer au contrat de mariage la distinction des actes inexistantes et des actes nuls, c'est faire intervenir dans la discussion un texte qui doit en être banni.

L'A. 1395 comme l'A. 1234-2^e suppose une convention existante et une convention valable, non entachée de nullité, pour pouvoir être appliqué. Si la convention n'est pas légalement formée, il ne peut être question de ce texte.

Nous ne trouvons donc pas dans l'A. 1395 de quoi justifier cette opinion d'après laquelle le contrat de mariage n'est pas susceptible d'être attaqué par une action basée sur une nullité relative et il n'existe pas d'autres textes à l'aide desquels nos adversaires puissent maintenir leur affirmation. Ils disent, il est vrai, qu'il ne faut pas que l'époux se trouve pendant toute la durée du mariage dans l'incertitude sur sa position envers son conjoint, qu'il ne faut pas que la condition des tiers demeure livrée au bon plaisir de l'époux, maître d'invoquer ou de répudier son contrat. Le contrat de mariage, ajoutent-ils a un caractère en quelque sorte législatif ; il est obligatoire ou il ne l'est pas ; s'il est obligatoire, il l'est pour tout le monde ; s'il n'est pas obligatoire, il ne l'est pour personne. (Voir M. Bertauld, revue critique 1862. t. 21 p. 493 et suivant.) (Id. 1865 t. 26. p. 293.)

Mais ce sont là de pures affirmations que l'on pourrait justifier par des considérations d'utilité pratique mais dont on ne trouve pas la justification dans un texte de loi, et il en faudrait un pour admettre une dérogation aussi forte au droit commun. D'ailleurs ces inconvénients existent également en matière de conventions ordinaires, c'est une conséquence inséparable de l'existence des nullités et cependant la loi ne l'a pas repoussée. La protection de l'incapable, des personnes menacées de Dol ou de violence est au prix de ces inconvénients et, si l'on veut cette protection, on doit les souffrir.

D'ailleurs en ce qui concerne l'incapable non habilité suivant l'A. 1398, on peut soutenir et d'aucuns (Rodière et Pont. Du contrat de mariage, tome 1. N^o 36 ; Colmet de Santerre, tome

6. N° 15) (1) soutiennent que la nullité qui résulte de ce défaut d'habilitation est relative, réservée à l'incapable seul, comme le veut l'A. 1125, et il nous semble bien difficile de combattre cette opinion, à ceux qui ne tiennent pas compte comme nous de l'A. 1395 et qui ont sous les yeux le texte de l'A. 1309 dont par argument *a contrario* on tire que le mineur est restituable pour cause de lésion contre de telles conventions matrimoniales.

Si l'on admet, dans ce cas, la possibilité d'une nullité relative, pourquoi l'écarterait-on lorsqu'elle naît d'un vice du consentement, l'erreur, la violence ou le Dol ? Ce sont là des faits dont on ne peut que faire découler une nullité relative ou ne tenir aucun compte, et qui, ne pouvant rentrer dans la catégorie des vices de forme, sont impuissants à créer une nullité absolue, comme l'a décidé la cour de Cassation à l'égard du mineur. — Peut-on refuser à celui des époux qui a été victime de la violence le droit de faire annuler son contrat de mariage ? Il est vrai que le mariage sera lui-même le plus souvent entaché de nullité, et que si cet acte même est attaqué et annulé les conventions disparaîtront ; mais ce n'est qu'une pure considération de fait et non de droit : d'ailleurs il n'est pas impossible d'imaginer que cet époux veuille respecter son union, ce contrat principal et supprimer le contrat accessoire, sans compter que la nullité du mariage peut être couverte, et qu'il sera dès lors seulement possible à cet époux d'attaquer le contrat de mariage. Quel est le texte qui s'opposera à cette demande et, s'il n'y en a pas, comment ne pas admettre la même solution en cas d'erreur et de Dol ?

L'hypothèse d'une erreur substantielle ne sera pas fréquente en une telle matière : c'est à l'occasion du Dol que la discussion devient plus vive et que l'opposition est le plus

(1) Troplong. Contrat de mariage, t. 1^{er}, n° 288.
Marcadé. Sur l'A. 1298, n° 2, in fine.

fortement armée. Nous entrons alors dans le cœur de notre sujet : nous sommes convaincus que les conventions matrimoniales, le régime matrimonial adopté par suite d'un Dol peut être rescindé, annulé conformément au droit commun.

L'erreur ne sera guère une cause de nullité qu'autant qu'elle portera sur une des qualités substantielles du régime adopté. Elle se présentera sous forme d'ignorance de droit plutôt qu'à l'état d'erreur de fait. La future épouse, croyant que le régime exclusif de communauté lui laissera la même indépendance pour la gestion de son patrimoine que si elle avait opté pour le régime de la séparation de biens, porte son choix sur le premier. On devra la restituer contre les conséquences d'une erreur qu'elle n'aura le plus souvent commise que d'après des conseils auxquels elle devait ajouter foi.

Le contrat de mariage est un acte qui, le plus souvent, contient, outre l'adoption d'un régime matrimonial, différentes autres conventions telles que donations faites par des tiers aux époux ou par les époux entre eux, telles qu'institution contractuelle, telles que gains de survie, préciput à l'un des époux ou au survivant. Il importe donc de distinguer dans un tel contrat ce qui constitue uniquement les conventions matrimoniales, le régime adopté par les époux, des clauses accessoires qui peuvent subsister malgré la suppression du contrat principal ou disparaître sans y toucher. — Cette démarcation n'est pas toujours facile à faire. Il faut procéder par élimination afin d'arriver à ce qui constitue le régime matrimonial pur, proprement dit.

Les donations faites par des tiers aux époux, ou par les époux entre eux, contenues dans l'acte solennel qui détermine le régime matrimonial auquel les époux seront soumis, ont une existence indépendante du contrat de mariage : elles se suffisent à elles seules, cela n'est pas douteux à

l'égard des donations faites par des tiers, et la jurisprudence, de même que la majorité des auteurs l'admettent pour celles faites par les époux entre eux. — Si le donateur a été déterminé par Dol, d'où qu'il provienne, à faire sa libéralité, l'A. 1116 dans son principe trouve son application, la nullité pourra être invoquée. — Un arrêt de la Cour de Douai, du 10 janvier 1835, pour cause de captation d'une donation entre époux faite par contrat, en a prononcé la nullité. (Journal du Palais, tome 26, page 1247.) L'indépendance de ces libéralités expresses d'avec les conventions matrimoniales a été affirmée par de nombreux arrêts, lorsqu'il s'est agi d'appliquer à ces donations l'A. 959 du Code civil. (Voir Cassation 17 fév. 1873. S. 73. 1. 52.) Il en est de ces clauses contenues dans le contrat de mariage comme il en serait d'une vente ou d'une reconnaissance d'enfant naturel faite par les futurs; il n'y a aucune indivisibilité entre elles et les conventions matrimoniales. Elles seront annulées pour cause de Dol, les unes et les autres, conformément au droit commun.

Si le contrat contient une institution contractuelle consentie par un tiers en faveur de l'un des époux, la même règle devra s'appliquer. Souvent, le contrat de mariage renferme, de la part du mari, quittance de la dot qui constitue l'apport de la femme. Si elle a été surprise par des manœuvres frauduleuses, d'où qu'elles proviennent, la nullité devra en être prononcée. Un arrêt de la Chambre des requêtes du 2 mars 1852 adopte cette solution : de plus, les considérants de cette décision posent en règle générale que le principe de l'irrévocabilité des conventions matrimoniales ne fait pas obstacle à ce qu'elles soient annulées, si elles sont entachées de Dol et de fraude (Idem Toullier, Droit civil, t. 12, n° 17) .

« Le Dol et la fraude font exception à toutes les règles qui régissent les contrats consensuels... même dans les conven-

tions matrimoniales, il appartient au juge d'annuler ces conventions s'il y a dol » (1).

Les conventions de mariage sont semblables aux autres contrats, si le consentement est vicié par des manœuvres frauduleuses, elles sont annulables; l'A. 1395 n'y fait pas obstacle; telle est la doctrine de cet arrêt rapporté dans le *Journal du Palais* (1853. 1. 361).

Mais la Cour de Cassation n'a pas encore été appelée à déduire toutes les conséquences de ce principe, et si de cette décision on rapproche celle du 5 mars 1855 qui invoque, elle, au contraire, l'A. 1395 pour repousser l'admission de la nullité relative, que nous croyons résulter de l'A. 1398, on s'aperçoit de la contradiction où sont tombés ces deux arrêts. Si ce texte n'est pas un obstacle à la nullité produite par le Dol, pourquoi en est-il un, au cas où il s'agit de celle résultant de l'incapacité d'un mineur non habilité? Les raisons de l'écarter ou d'en tenir compte sont les mêmes, qu'il s'agisse de l'application de l'A. 1116 ou de l'application de l'A. 1125; dans les deux hypothèses, il faut donner la même solution pour être dans la logique des choses. Il est vrai que la Cour, dans son premier arrêt, invoque cette idée que le Dol et la fraude font exception à toutes les règles ordinaires et par là cherche à justifier l'inconséquence de ce système. Mais alors que fera-t-elle de la nullité fondée sur une simple erreur? Ici on ne peut plus parler de fraude ni d'exception; que fera-t-elle en cas de violence? Les deux faits ne vicieront-ils ou ne vicieront-ils pas le consentement dans un contrat de mariage?

La Cour s'écarte du droit commun dans une première situation pour y revenir dans une seconde au moyen d'un

(1) Aubry et Rau, t. VII, p. 416, t. VIII, p. 54.

détour. N'est-il pas préférable d'admettre l'existence, en principe, de nullités relatives contre les conventions matrimoniales et soumettre aux mêmes règles de droit commun l'erreur, la violence et le Dol?

En ce qui concerne ce dernier vice du consentement, le tribunal de la Seine, le 19 janvier 1869, a nettement déduit les conséquences de l'arrêt de la Chambre des requêtes précédemment cité : deux clauses d'un contrat de mariage, l'une attribuant au survivant des époux la totalité des acquêts de la communauté, l'autre lui faisant donation de l'universalité des biens composant la succession du prémourant ont été annulées pour cause de Dol. (Procès Stern. voir : Étude sur les moyens organisés par la loi et la jurisprudence pour protéger les fiancés contre leurs fraudes réciproques, par M. Vidal, et les numéros de janvier, février et avril 1869 dans la *Gazette des Tribunaux*, année 1869.) (Le jugement est rapporté dans le n° du 20 février 1869.) — (Dalloz, année 1873. 1. 484.)

Ce jugement d'ailleurs laisse subsister le régime matrimonial lui-même, la communauté réduite aux acquêts et par là proclame l'indépendance de ces deux clauses contenant dons de survie d'avec les conventions matrimoniales proprement dites, la communauté conventionnelle.

Était-ce là vraiment un ensemble de libéralités pouvant être séparées du régime lui-même sans en détruire l'économie? Nous croyons qu'il fallait distinguer entre la donation relative à la succession du prémourant qui peut se concevoir en dehors de tout lien matrimonial entre le disposant et le bénéficiaire d'une telle libéralité et celle portant sur la totalité des acquêts. Cette dernière fait partie intégrante du régime matrimonial, ne peut exister que s'il existe lui-même entre les contractants, et nous croyons qu'en ce point M. Valette

était fondé à invoquer l'indivisibilité des clauses constituant le régime auquel étaient soumis les époux. Un arrêt de la Cour de cassation du 24 décembre 1856 (S. 57. 1. 246) décide, en effet, que « *on ne peut diviser le contrat de mariage et tout en maintenant le régime qui a pour base la volonté expresse ou tacite des futurs époux, déclarer sans validité les pactes ou dons de survie qui s'y trouvent mêlés, parce que, dans ce contrat, tous les pactes s'enchaînent et se mettent en équilibre : cet ensemble de stipulations combinées est souvent la condition du mariage...* » (1) — Si donc cette critique du jugement du 19 février 1869 était fondée, il aurait fallu annuler le régime matrimonial lui-même, et soumettre les époux ou plutôt liquider les droits de chacun d'après les règles qui gouvernent la communauté légale, comme s'ils étaient mariés sans contrat (A. 1400), et c'est justement ce résultat auquel on est logiquement conduit par l'admission de la nullité pour cause de Dol, que ne voulait pas admettre le savant professeur. « Une fois admis, disait-il (Mélanges, tome 2 p. 140) que les conventions peuvent être annulées pour cause de Dol, n'arriverait-on pas bientôt à étendre ce système au cas où le Dol sera présenté comme ayant déterminé l'adoption de la communauté légale stipulée par les époux, soit expressément soit tacitement ? Et alors quel sera l'effet de cette annulation une fois prononcée, quel régime sera substitué à la communauté ? sera-ce la communauté réduite aux acquêts, la séparation de biens, ou le régime exclusif de communauté.

« Le parti à prendre sera bien embarrassant pour les tribunaux. »

Ce sont bien là, en effet, de graves difficultés, mais qu'il n'est pas impossible de résoudre, comme nous le verrons tout à l'heure. Ces considérations ne sont donc pas de nature à nous

(1) Arrêt dans le même sens. Cassation, 5 juin 1889 D. 1891. 1. 452.

faire rejeter l'admission de la nullité pour cause de Dol contre les régimes conventionnels ni même contre les régimes légaux. L'argument le plus fort sur lequel s'appuyait M. Valette, nous l'avons ou nous croyons l'avoir réfuté au commencement de cette étude ; c'est le seul qui portait sur un texte et nous ne trouvons pas, au titre du contrat de mariage, de dispositions légales qui aillent directement ou indirectement contre notre système.

Quel sera donc l'effet de la nullité dirigée et réussissant contre le régime matrimonial adopté expressément ou tacitement par les époux ? par quelles conventions légales le remplacerons-nous ?

Tout d'abord, il n'est pas difficile de montrer l'intérêt qu'aura l'époux victime du Dol à agir en nullité, et cet intérêt n'existera que lorsque le régime adopté sera celui de communauté conventionnelle ou légale. La soumission des époux au régime dotal ou à la séparation de biens n'emportant pas disposition, aliénation de tout ou partie du patrimoine des époux, il n'y a pas lieu de s'en préoccuper.

En ce qui concerne la communauté conventionnelle, la victime du Dol aura évidemment intérêt à intenter la nullité, soit lorsqu'elle aura été déterminée par des manœuvres frauduleuses à un ameublement, à faire entrer tout ou partie de ses immeubles dans la communauté sous prétexte que son conjoint, par le jeu de la loi, y laisse tomber un mobilier d'égale valeur ; soit lorsqu'elle consent à signer un contrat par lequel l'autre époux réalise une partie de son mobilier, sous prétexte que cet apport, sans cette clause de réalisation, serait hors de proportion avec la fortune mobilière de la victime du Dol. Ce sont là, évidemment des clauses qui font partie intégrante du régime matrimonial pur et qu'il est impossible soit d'annuler, soit de maintenir, sans annuler, sans maintenir le contrat tout entier.

On devra donc, dans des cas semblables, prononcer la nullité du régime matrimonial tout entier, l'époux victime du Dol aura seul le droit d'intenter cette nullité et l'incertitude dans laquelle seront les tiers qui auront traité avec eux ne sera pas plus grande que celle qui résulte de l'adoption d'un régime sous condition casuelle, incertitude qui n'empêche pas la plupart des auteurs d'admettre la validité d'une telle clause ; il est d'ailleurs moral de ne pas laisser l'époux trompé, volé par son conjoint, dans l'obligation de respecter un tel contrat.

Ce régime aggravant, pour la victime des manœuvres frauduleuses, les effets ordinaires de la communauté, sera annulé et les époux seront mariés sans contrat, comme lorsque, la condition réalisée, ils n'ont pas indiqué quel régime il fallait substituer à celui qu'ils avaient adopté. C'est la solution adoptée lorsqu'il n'y a pas de contrat de mariage valable, existant ; elle s'impose également ici. (Riom. 23 juin 1853. s. 54. 2.37. — Cassation 5 mars 1855 — s. 1855.4.348 — 20 juillet 1859 — s. 59.4.849. 16 juin 1879. Palais 1880.37.)

Lorsque les époux seront mariés sans contrat ou auront stipulé expressément l'adoption de la communauté légale, le Dol de l'un d'eux peut avoir déterminé l'autre à adopter ce régime. Le mari, par exemple, qui ne possédait que des immeubles ou peut-être rien du tout que son habileté, a exhibé des valeurs mobilières au porteur qui ne lui appartenaient pas pour faire croire à l'existence de biens qui doivent tomber en communauté, de telle sorte que la future épouse a opté pour ce régime. En réalité, le mari a conservé son avoir en propre ; tandis que la femme a mis dans la communauté la totalité ou la plus grande partie de sa fortune. Ne serait-ce pas injuste, inique de maintenir quand même un tel régime matrimonial. A-t-il réellement ? pour base la volonté

des parties contractantes ? La spoliation n'est-elle pas aussi flagrante que tout-à-l'heure, le vice n'affecte-t-il pas avec autant de profondeur le consentement de la femme ? Logiquement, équitablement, il faut venir au secours de cet époux indignement trompé et le seul moyen de porter un remède efficace à cette situation pleine d'intérêt, c'est d'annuler ce régime de communauté légale et de le remplacer par un autre qui mette à l'abri de l'audace d'un conjoint malhonnête le patrimoine de la victime du Dol.

Mais quel sera ce régime ? Si l'on pouvait tout à l'heure invoquer utilement l'A. 1400, on ne le peut plus maintenant, sous peine de retomber dans la situation dangereuse et frustratoire dont on veut sortir. C'est là une hypothèse analogue à celle qui se présente lorsque des époux ont adopté sous une condition qui vient à se réaliser le régime de la communauté légale ou un autre régime excluant la communauté et ont omis de désigner à quel régime ils voulaient être soumis, au cas de réalisation de la condition. Tout le monde est d'accord pour écarter le régime dotal qui est exceptionnel et ne se suppose pas. La séparation de biens, et le régime exclusif de communauté ont chacun leurs partisans. Pour nous, ce dernier nous paraît accorder trop d'omnipotence et d'avantages au mari, d'autant plus que l'auteur du Dol sera le plus souvent lui, et il ne respecte pas assez les droits de la femme. Nous optons pour la séparation de biens qui rend à chacun ce qui lui appartient, qui protège le plus énergiquement les deux époux en leur laissant à chacun l'administration et la direction de leur fortune. Le régime exclusif de communauté est surtout dangereux aujourd'hui pour la femme, dans un état social où la fortune mobilière a acquis un développement considérable. En ce sens M. Colmet de Santerre (t. VI, n° 16 bis: III). — En sens contraire Vidal.

C'est donc le régime de la séparation de biens que nous substituerons à la communauté légale, expresse ou tacite, à laquelle l'un des époux aura été amené par Dol. Les tribunaux se décideraient probablement suivant les espèces, et tantôt déclareraient l'adoption judiciaire du régime sans communauté, lorsque le Dol n'émanerait pas du mari, tantôt celle de la séparation de biens, dans le cas contraire.

Donc, pour nous résumer, le Dol est une cause de nullité des conventions matrimoniales comme il l'est des autres contrats ordinaires.

Aucun texte ne s'opposant à l'application du droit commun, le principe contenu dans l'A. 1116 devra s'appliquer et c'est ainsi que tantôt l'effet de cette nullité sera de soumettre les époux au régime de la communauté légale, tantôt de les soumettre à celui de la séparation de biens, en principe, sauf au juge le droit de leur imposer le régime exclusif de la communauté, si ce dernier parti lui semble préférable pour la victime du Dol.

Mais on sait qu'en matière de conventions ordinaires, l'A. 1116 n'autorise la nullité qu'autant que le Dol émane de l'une des parties contractantes, du moins, comme nous l'avons admis, lorsqu'il s'agit d'actes à titre onéreux. Quel est à ce point de vue le caractère du contrat de mariage? La réponse demande une distinction. Nous le savons, le contrat contient souvent des donations, des avantages directs indépendants du régime matrimonial adopté, des actes à titre gratuit qui sont annulables pour cause de Dol, d'où qu'il vienne, et restent, par conséquent, régis par le droit commun. L'A. 1116 dans son intégralité ne s'appliquera donc qu'aux conventions matrimoniales proprement dites que la loi assimile à un *contrat à titre onéreux*, alors même qu'elles ont pour conséquence la création au profit d'un des époux d'avantages en réalité

gratuits. Les héritiers réservataires n'étant pas admis à les faire réduire à la qualité disponible, cette solution s'impose. (A. 1496 et 1527.)

Ainsi, pour reprendre l'exemple tiré du jugement du tribunal de la Seine du 19 février 1869, la clause attribuant à l'époux survivant la totalité des acquêts de la communauté faisant corps avec le contrat lui-même, avec le régime adopté, c'est l'A. 1416 qui devra entièrement s'appliquer. Le Dol ne fera naître la nullité qu'autant qu'il émanera de l'un des époux, ce qui en fait arrivera le plus souvent. Mais la clause qui attribue au survivant la succession du prémourant est indépendante du contrat, du régime, car elle aurait pu être annulée sans porter atteinte à la validité des conventions matrimoniales. Il suffira que des manœuvres frauduleuses aient vicié le consentement du disposant pour qu'elles soient susceptibles d'être attaquées pour cause de Dol, quelqu'en soit l'auteur, absolument comme elles le seraient si cette institution contractuelle émanait d'un tiers donateur.

Une des propriétés spéciales aux actes simplement annulables, pour cause de vice du consentement ou de défaut de capacité, c'est la possibilité de faire disparaître par une ratification postérieure le vice dont ils sont affectés. Cette confirmation, qui peut être expresse ou tacite, doit elle-même être exempte de toute nullité ; spécialement en notre matière, le consentement, l'élément volontaire qui lui donne naissance, doit être exempt de Dol ou d'erreur, et par là ne peut utilement intervenir qu'autant que l'auteur de la ratification a eu connaissance du vice qui avait altéré sa volonté première. Tout cela est suffisamment connu pour qu'il soit inutile d'insister. L'époux victime du Dol aura donc le droit de déclarer, expressément ou implicitement, tacitement (ce qui est question de fait) qu'il entend confirmer, malgré les manœuvres

dont il a été victime, ses conventions matrimoniales, le contrat qu'il a signé sous le coup du Dol. C'est d'ailleurs là l'exercice d'un droit qui aura l'avantage de faire cesser l'incertitude qui pèse sur son conjoint ou sur les tiers ; rien, dans cette décision, n'est moins contraire au désir, au but que le législateur a manifesté, a cherché à atteindre en édictant l'A. 1395. Le contrat de mariage, par l'effet de cette confirmation, deviendra tout aussi inattaquable que si dès l'origine il n'eût été entaché d'aucun vice (A. 1338. 3.) Par là, on arrivera, non pas à la modification des conventions matrimoniales, mais à leur exécution pure et simple.

Il faut, toujours en ce qui concerne la même hypothèse, se souvenir qu'un des modes de confirmation tacite réglé par le législateur est la prescription de l'action en nullité par un délai de dix ans, suivant les conditions énoncées par l'A. 1304 et remarquer qu'ici ce délai ne pourra pas utilement courir contre la victime du Dol au profit de l'autre époux ou des tiers, aux termes de l'A. 2252 : la dissolution du mariage seule permettra au délai de s'écouler, à supposer qu'à cette époque l'époux ait découvert le Dol dont il a été victime. La prescription décennale de l'A. 1304 sera donc suspendue pendant le mariage.

L'effet de la confirmation expresse ou tacite, c'est de valider, par une décision postérieure, l'acte qui renfermait une cause de nullité et non de faire un acte nouveau ; l'élément volontaire était vicié ; par la ratification, le vice disparaît, n'a jamais existé et l'acte ne change pas pour cela de caractère. Il nous semble donc que M. Vidal, dans son intéressante Étude déjà citée et qui nous a sûrement guidé dans ce travail, va trop loin lorsqu'il décide que les donations faites par l'un des époux à l'autre dans le contrat de mariage et ratifiées par la victime du Dol sont des actes révocables, conformément à

l'A. 1096, comme ayant été voulus pendant le mariage.

Pour qu'il en soit ainsi, il faudrait les considérer comme ayant été consenties et acceptées, formées de toutes pièces postérieurement au mariage, tandis que, en réalité, c'est une volonté antérieure à la célébration du mariage, qui a pris corps dans le contrat, qui donne naissance à ces donations par son mélange avec la volonté réciproque de l'époux donataire. Nous croyons devoir admettre que, malgré cette ratification intervenue au cours du mariage, l'A. 1096 est inapplicable ; ces donations seront irrévocables. La même solution s'impose quant aux avantages indirects liés au régime matrimonial, alors même qu'on les considérerait comme constituant des actes à titre gratuit ; a fortiori, devons-nous ici écarter l'A. 1096, puisqu'avec la loi nous n'y voyons que des avantages analogues à ceux d'un acte à titre onéreux : la question ne se pose donc même pas.

CONCLUSION

Nous voyons donc que les rédacteurs du Code civil ont réussi à construire une théorie générale de l'influence de l'erreur sur la validité des actes juridiques volontaires.

En principe, le consentement vicié par l'erreur est rationnellement un consentement nul, autorisant la nullité contre l'acte auquel il a donné naissance. Mais est-ce là une vérité légale ? Pour répondre à cette question, il faut distinguer entre l'erreur et le Dol, c'est-à-dire entre l'erreur dont la responsabilité incombe à celui qui la commet et celle dont la responsabilité retombe sur une personne autre que celle qui en est victime.

Dans la première hypothèse, par suite de considérations pratiques, la nullité ne prendra naissance qu'exceptionnellement ; le législateur repousse le principe rationnel et le limite par les dispositions de l'A. 1110.

Dans la deuxième hypothèse, au contraire, le consentement vicié entraîne le vice de l'acte juridique volontaire, fait naître la nullité, et ce n'est qu'exceptionnellement, en théorie du moins, dans les limites de l'A. 1116 que le principe rationnel est exclu.

POSITIONS

POSITIONS. — MATIÈRES DIVERSES

1. — Le paiement obligatoire des droits de douane en or n'est pas un acheminement à la suppression du cours forcé.

2. — Les clubs tombent sous l'application des art. 291 et suivants du Code pénal, et non sous celle de l'art. 7 de la loi du 30 juin 1881.

3. — Le mandat impératif est incompatible avec le régime représentatif.

4. — Les assemblées qui sont appelées à statuer sur une demande d'autorisation de poursuites contre un de leurs membres, ne sont pas juges de la valeur juridique de ces poursuites, mais seulement de leur impartialité politique.

POSITIONS PRISES DANS LA THÈSE

Droit civil

1. — La doctrine qui admet que l'erreur sur les qualités de la personne crée l'action en nullité se met en contradiction avec l'article 1125-2°, — et par conséquent est fausse.

2. — Le Dol qui induit en erreur sur une des qualités de la chose ne porte pas toujours sur la substance même de la chose.

3. — L'erreur de droit peut engendrer la nullité comme celle de fait.

4. — En principe, l'existence du Dol spécial aux incapables ne permet pas à la victime de demander le maintien du contrat.

EN DEHORS DE LA THÈSE

1. — L'A. 1132 C. civ. et l'étude des précédents permettent d'affirmer que le créancier fait suffisamment la preuve de son droit par l'exhibition d'un écrit qui constate l'obligation, *sans en mentionner la cause*.

2. — Le légataire universel, saisi aux termes de l'A. 1006, doit faire la preuve de la sincérité de l'écriture et de la signature du testament qui l'a institué, sur la méconnaissance de l'héritier, — contrairement à la jurisprudence de la Cour de cassation.

3. — Le système de la jurisprudence qui rejette le fardeau de la preuve sur le défendeur à la revendication, lorsque le demandeur a produit un titre d'acquisition antérieur à la prise de possession ou au titre du défendeur, s'explique non par cette raison que, la propriété étant un droit réel, le titre qui en constate la transmission a lui-même ce caractère réel, absolu, est valable, *erga omnes* — mais bien par celle-ci que, par tradition, toutes les actions en revendication sont restées des publiciennes.

4. — La prescription spéciale et exceptionnelle de l'A. 1304 est exclusive de la prescription générale et de droit commun de l'A. 2262.

Vu par le président de la thèse,

C. BUFNOIR.

Vu par le doyen,

COLMET DE SANTERRE

Vu et permis d'imprimer,

Le Vice-Recteur de l'Académie de Paris.

GRÉARD.

TABLE DES MATIÈRES

	Pages
INTRODUCTION. — Influence de l'erreur sur la volonté	3
Quel est le principe rationnel ? Quel parti le législateur en a-t-il tiré ? Distinction dans l'application de ce principe : de l'erreur proprement dite ; du Dol	4

PREMIÈRE PARTIE

De l'erreur, théorie générale et application	15
De l'A. 1110-1 ^{er} . Erreur sur la substance	16
De l'A. 1110-2 ^e . Erreur sur la personne	25
De l'erreur sur les qualités de la personne	30
De l'erreur particulière à l'un des contractants	33
De l'erreur sur la quantité de la chose	34
Des vices rédhibitoires.	36
DE L'APPLICATION DE L'A. 1110. — 1 ^{re} Actes bilatéraux. Transaction	38
De l'utilité des articles relatifs aux effets de l'erreur sur la transaction	39
De l'A. 2034	46
— 2035	48
— 2036	49
— 2037	51
Partage.	53
2 ^e DES ACTES UNILATÉRAUX. — Gestion d'affaire	58
Païement de l'indû	62
Acceptation à la communauté, à succession.	64
Testament	67

DEUXIÈME PARTIE

DOL, THÉORIE GÉNÉRALE ET APPLICATION. — Le principe rationnel devient le principe légal auquel l'A. 1116 n'apporte qu'une exception.	71
1 ^{er} ACTES UNILATÉRAUX. — A. 783, A. 1455. — Acceptation, renonciation en matière de succession et de communauté.	76
Testament	81
Qu'appelle-t-on Dol principal.	82
2 ^e ACTES BILATÉRAUX. — De l'A. 1116 et de la restriction qu'il apporte au principe légal et rationnel. — Sa portée. — Les raisons de cette restriction. — Comme quoi elles font défaut en cas de Dol relatif à un acte unilatéral ou à un acte bilatéral à titre gratuit.	84
Dol actif, passif de cette inutilité, de cette distinction	88
Fondement de la nullité pour Dol	92
Du Dol pratiqué par un incapable	95
Du Dol dit « spécial » aux incapables	98
APPENDICE. — De l'Erreur et du Dol, en matière de mariage et de contrat de mariage.	105
MARIAGE. — L'A. 180-2 ^e est l'application de l'A. 1110-2	108
Théorie de M. Théoph. Huc.	118
CONTRAT DE MARIAGE. — L'A. 1395 est-il un obstacle à l'existence des nullités relatives contre cet acte ? Non	121
Le Dol vicie ce contrat — peut amener à la suppression du régime adopté sous son influence.	125
Conséquences de l'action en nullité pour Dol dirigée et réussissant contre le régime adopté	131
Conclusion	138

